Law Reform Commission of Canada

Commission de réforme du droit du Canada

# towards a modern federal administrative law

ADMINISTRATIVE LAW SERIES

CONSULTATION PAPER

Canada

# TOWARDS A MODERN FEDERAL ADMINISTRATIVE LAW

Administrative Law Series

Consultation Paper

# TOWARDS A MODERN FEDERAL ADMINISTRATIVE LAW

Administrative Law Project

Consultation Paper prepared for the

Law Reform Commission of Canada

by

John Frecker, Commissioner
Patrick Robardet, Project Co-ordinator
John Clifford, Research Consultant
Daniel Mockle, Research Consultant
Kernaghan Webb, Research Consultant

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1987
Catalogue No. J32-8/1-1987
ISBN 0-662-55094-3

# Table of Contents


INTRODUCTION ..... 1

CHAPTER ONE: The Current Situation ..... 5

I. The Traditional Approach to Administrative Law ..... 5
A. Origin and Description ..... 5
B. The Emphasis on Judicial Review ..... 6

II. Problems with the Traditional Approach ..... 7
A. The Decline of Ministerial Responsibility ..... 7
B. The Growth of the Administrative State ..... 8
C. The Political Automony of the Administration ..... 9

CHAPTER TWO: The Reform Challenge ..... 11

I. Towards a New Administrative Law ..... 12

II. Rationale for Renewal of Administrative Law ..... 14
A. The Existence of the State ..... 14
B. *Charter* Imperatives ..... 16
C. Democratization ..... 17

CHAPTER THREE: A Conceptual Approach ..... 19

I. Themes ..... 19
A. The Legal Status of the Administration ..... 19
B. Processes, Procedures and Instruments of Administrative Action ..... 20
C. Administrative Structures and Organization ..... 21
D. Internal and External Controls ..... 22

II. Proposed Topics for a Five-Year Plan ..... 24
A. Short-Term Research ..... 25
B. Medium-Term Research ..... 26
C. Long-Term Research ..... 27

## Introduction

The purpose of this Consultation Paper is to present for comment the basic issues which the authors feel should underlie any effort to modernize Canadian administrative law. As law reformers, we want to propose specific substantive and procedural reforms that will serve to enhance the fairness, efficiency and effectiveness of the federal public Administration. We address matters such as decision making by government, the role of the Federal Court as overseer of administrative actions, and the legal status of the various units of the federal Administration. We are also concerned with the role of law in government action, and the means by which policy is communicated to the operational level where it directly affects individuals. In short, we want to improve the capacity and utility of law as a tool for maximizing fairness, efficiency and effectiveness of government. Our aim is to identify and correct those instances where legal regimes hinder such objectives; moreover, we intend to explore more fully the possibilities for using law to promote them.

In the interests of brevity we have omitted detailed analysis and sourcing in this Consultation Paper. This will be provided in subsequent fully documented research papers which are being prepared as background material for a Report to Parliament. These papers will elaborate on the points raised here. At this stage of our work our aim is to present issues in an accessible, uncluttered way in the hope that we shall thereby prompt many immediate, constructive responses.

The prevailing approach to administrative law emphasizes the role of law as a means for controlling and correcting administrative error. The Law Reform Commission of Canada (LRCC) has adopted a wider approach, emphasizing close examination of the administration at work, with a view to formulating rules and standards to promote correct administrative action in the first instance. One objective is to minimize the need for corrective action by the courts. To date our research has consisted primarily of detailed studies of independent administrative agencies such as the Unemployment Insurance Commission and the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. The first phase has culminated in presentation to Parliament of our Report 26 entitled *Independent Administrative Agencies* (LRCC, 1985) setting forth our general recommendations with regard to the legal decisions made by independent administrative agencies.

More recently we have branched out to study how government policy is implemented in practice and how present approaches to law making and law application facilitate or hinder compliance (see Working Paper 51, *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law*, LRCC, 1986). Concurrently we have undertaken inquiries regarding the many privileges and immunities which the various components

of the federal Administration enjoy because of their identification with the Crown (see Working Paper 40, *The Legal Status of the Federal Administration*, LRCC, 1985 and a Study Paper on *Immunity from Execution*, LRCC, 1987).

The further we have gone in this enterprise, the more difficult it has become for us to reconcile the prevailing traditional view of administrative law with the world of administration encountered in our studies.

Our misgivings about this prevailing approach to administrative law are not novel or unique. Numerous earlier commentators have noted the same problems. Identification of the problems, as these commentators have mentioned, is merely a first step towards remedial action. At this stage, however, we are not inclined either to associate ourselves with, or dissociate ourselves from, the reform prescriptions advocated by others. In our view, the most serious problem is the lack of any accurate understanding of the relationship between law and administration. It is our feeling that such an understanding, a prerequisite to meaningful reform, must be developed through a fundamentally new approach to the study of administrative law.

We should approach the study of administrative law mindful of the functions of the State's administrative apparatus. It is also important to be aware of what the Administration is seeking to accomplish, both in terms of the general promotion of public order and in terms of the specific policies being pursued. The instruments used to implement these objectives give rise to questions about the rights and obligations of the Administration and individuals in the context of the administrative relationship.

The organizational structures utilized by government to carry out various administrative activities are in need of examination. Organizational forms range from government departments through independent administrative agencies and tribunals to Crown corporations and mixed government/private sector institutions. Mechanisms for holding the Administration accountable will vary according to the form used for any particular administrative function. Also, the rules governing the activity of particular administrative institutions will vary according to the organizational form in place. In administrative law we should develop appropriate procedural standards and accountability mechanisms to match the different organizational forms.

The choice of a specific organizational form carries with it certain legal consequences which must be carefully assessed. For instance, ministerial control over departments or public enterprises is generally accepted, whereas such control over adjudicative tribunals is frowned upon. Such legal consequences have not been systematically addressed in the past.

As noted in our Working Paper 51 *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law* (LRCC, 1986), administrative activity involves much more than the enforcement of rules and the imposition of sanctions for violation of those rules. Administrators achieve their objectives primarily through negotiation, persuasion and the selective application of incentives. If we are to bring administrative activity more

effectively under the rule of law, we need to develop a fuller and clearer understanding of all the instruments employed by administrators to execute laws and to achieve policy objectives.

We must also develop a clearer understanding of the many existing mechanisms for controlling administrative activity. The traditional focus of administrative law has been largely on the courts as the primary control mechanism. Our approach to administrative law must be developed to recognize and to make creative use of other, non-curial control mechanisms, such as an ombudsman, the internal reconsideration of decisions, or internal ordering.

Legal regimes do not exist in isolation from society. Legal structures and rules have profound economic and sociological effects which must be studied; as well, criteria must be developed for assessing the desirability of proposed alternatives in administrative law. The analytic tools of related disciplines such as political science, economics, sociology and public administration can be used to improve our understanding of administrative law.

# CHAPTER ONE

# The Current Situation

## I. The Traditional Approach to Administrative Law

### A. Origin and Description

Administrative law in Canada has been overwhelmingly defined by judges controlling State actions. In other words, administrative law in Canada is mainly viewed as the sum of pronouncements by the courts in the context of judicial review cases, regarding the legality of administrative action.

The intellectual well-spring of this dominant approach to administrative law is generally conceded to be Dicey's *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, first published in 1885 (10th ed., London: MacMillan, 1959). While the phobic anti-statist elements of Dicey's nineteenth-century liberal creed have largely been abandoned, the fundamental elements of the rule of law as articulated by Dicey are still reverentially invoked as the very underpinning of our democratic political order. Also, Dicey's declaration that a separate body of law to govern the Administration and relations between the Administration and the public is "utterly unknown" to, and "fundamentally inconsistent" with, our common law traditions is still widely accepted almost as a truism. In Dicey's view, the Administration is nothing more than the sum of its members, all of whom are subject to the ordinary law of the land in the same way as is every person. Moreover, the task of enforcing conformity by members of the Administration to this ordinary law of the land is entrusted to the same courts that are responsible for interpreting and enforcing all law.

It is this denial of the very notion that there might be a special body of law, possibly interpreted and enforced by special courts, that underlies what we have described as the prevailing view of administrative law. In short, this view denies the existence of "administrative law" and defines its subject simply in terms of the application of the ordinary law of the land to problems that may arise between the State and individuals.

The dominant approach does not recognize the existence of the Administration as a distinct legal entity; yet our legal traditions accord to the Administration significant privileges and immunities, with the result that much administrative action is not, in

fact, subject to the ordinary laws of the land as postulated in Dicey's rule of law. Furthermore, preoccupation with correction of administrative errors in response to individual grievances often interferes with the realization of desirable policy objectives which have been legitimately formulated through the democratic process.

## B. The Emphasis on Judicial Review

Our criticism of the traditional approach to administrative law in Canada should not be taken as a declaration that there is no place for judicial review of administrative action as part of the overall scheme of administrative law. Rather, it is a measure of our frustration in the face of legal literature and practice which exaggerate the importance of judicial review and its outcome. Constructive examination of other problems is necessary and should be central to the modernization of our administrative law. The time has come to develop a more comprehensive and timely perspective on what should be the subject-matter of administrative law.

It is impossible to determine the proper place for judicial review without first developing an understanding of how law can and does condition and control administrative action. In subjecting prerogative powers of the Crown to judicial review, the case of *Operation Dismantle* v. *R.* ([1985] 1 S.C.R. 441) shows that law has now become central to the ordering of administrative action. As traditional theories of the Administration's political accountability through Parliament become more strained by the increasing institutional complexity of government, what place is there for widening the range of legal accountability?

Let us consider two aspects here. On the one hand, judicial review can be assessed for both its potential and its actual achievements. This approach stresses review remedies, the grounds and the extent to which judicial orders can order or reorder administrative action. On the other hand, the submission of administrative action to law means more than judicial review. This wider approach not only stresses the need for law to regulate the Administration; it also underlines the need to expand legal accountability. Indeed, we must define legal control not in terms of judicial review, but primarily in terms of constitutionally mandated regimes, created by statutes, regulations and internal ordering. Reforms of decision making can thus be made independent of hypothetical judicial review outcomes, and law can organize government in accord with the functional requirements of a good administration. This still keeps judicial review as a final control of administrative processes.

While recognizing the contribution of judges, we cannot expect the courts to assume the primary responsibility for reformulating administrative law. The capacity of the courts to promote reform is inherently limited. Courts can only react to specific situations which are brought before them on a piecemeal basis. The cases for review usually represent marginal problems rather than patterns which indicate structural defects in the system.

## II. Problems with the Traditional Approach

The dominant approach sees administrative law as a system of negative control. From this point of view, relations between individuals and the Administration are perceived as intrinsically antagonistic. The focus has been on judicial review as an external, after-the-fact, negative checking mechanism. By emphasizing the particular and the pathological, not the general and the normal, this way of looking at the issues distorts perception of the ongoing administrative process. More precisely, such a focus does not explain how law governs the Administration or the State. This approach may have been adequate in the *laissez-faire* world of Dicey's nineteenth-century England, but it is hopelessly inadequate today.

### A. The Decline of Ministerial Responsibility

In the common law tradition the Administration is, at least in theory, held accountable to Parliament through the doctrine of ministerial responsibility. Since an adequate avenue of political accountability is thought to exist, there seems to be no need for a special body of law to control administrative actions. Administrators, like all individuals, are considered to be subject to the ordinary law of the land. Thus the English legal tradition had denied the existence of a special body of law to structure and control activities of the Administration acting for the State.

The adequacy of the common law approach today hinges very much on the effectiveness of the doctrine of ministerial responsibility as a mechanism for controlling the Administration. It is not our intention here to present a lengthy treatise on the present state of ministerial responsibility in Canada. A great deal has already been written about this issue. Suffice it to say that, at the applied level, there is good reason to assert that ministerial accountability, while still central in our constitutional theory, is in a poor state of health.

If administrative law is to be reformed in a manner that is responsive to the present-day needs of society, it is essential that we reassess the constitutional assumptions upon which our present approach is based. The solution to the problems uncovered in such a reassessment cannot be presumed at this time, but a solution must be found. The system of administrative law must be reformed to take into account the evolving relationships between Parliament and the Administration. Furthermore, either the decline in the Administration's effective accountability to Parliament must be reversed so that practice conforms to constitutional theory, or else new accountability mechanisms ought to be created.

## B. The Growth of the Administrative State

The realities of governing in the late twentieth century are a far cry from the more basic, less complex circumstances of earlier times. At the very least, three key dimensions of modern governing realities must be addressed in a revised approach to administrative law.

(1) The federal bureaucracy has evolved from humble beginnings in 1867 to the vast administrative complex we have today. The institutional dynamics of this bureaucracy are totally overlooked in the traditional approach.

(2) The functions of the federal government have multiplied and diversified to the point where they now affect almost every aspect of our lives, from the content of the television programs we watch and labelling of the food we eat, to our basic social security entitlements such as health services and unemployment insurance. The traditional approach, based as it is on a perception of antagonistic relationships between individuals and the State, fails to grasp the significance and the legal implications of the growing dependency of individuals on State functions and services.

(3) The techniques of administrative action, that is the means by which government implements its policies, are considerably more sophisticated and complex than are accounted for in the traditional "black letter law" approach which supposes that government merely prescribes rules in statutes or regulations and sets forth penalties for violation of those rules. As noted in our Working Paper 51, *Policy Implementation, Compliance and Administrative Law* (LRCC, 1986), the "command–sanction" model accounts for only a fraction of the interactions between the Administration and the public. Governing instruments such as tax incentives, grants and negotiated compliance schedules, all of which materially affect the legal relationships between individuals and the State, fall largely outside the purview of what is traditionally seen as administrative law. While this diversity of means of administrative action is *not* new, the failure to recognize it in our approach to administrative law becomes increasingly disturbing as the scope of administrative action expands.

The traditional approach to administrative law is rooted in a nineteenth-century, *laissez-faire* ideology which viewed the State as having only limited functions. According to that ideology, the State is seen primarily as an arbiter between social forces and a maker of legal rules for the general arrangements of social life. It exercises a police function but reflects a philosophy of limited government. Law as made by Parliament is applied first by the courts; social change and adaptation is left primarily to private initiative. Central to that ideology is rejection of the idea that the Administration can be a primary force and apparatus for social ordering.

Such an approach fails to take account of the greatly enlarged functions of the modern federal State in Canada. From its very beginnings the federal government has

pursued an interventionist course which is out of keeping with the ideology which informs our approach to administrative law. The federal Administration has become a primary means of social control, adaptation and change. Governments in Canada, both federal and provincial, have responded to needs and desires through active social management and engineering.

This shift in perception of the functions of the State has a profound bearing on administrative law. Once it is recognized that the State is more active and interventionist than accounted for in the ideology underlying traditional administrative law, the need for new approaches becomes evident. The modern Administrative State has taken on a life and will of its own which must be recognized and understood if it is to be made truly subject to the rule of law.

## C. The Political Autonomy of the Administration

Traditional democratic theory holds that policy choices are generated and translated into societal objectives through the political process, the competition among political parties for electoral support that gives temporary control over the levers of power. However, as has long been recognized by students of public administration and political science, the public bureaucracy in the modern State plays a crucial role not only in implementing policy, but also in setting the policy agenda. Many regulatory initiatives, for instance, are undertaken by the Administration acting on its own motion, not in response to grass-roots political pressure for such initiatives; indeed, the politicians and the public may not even be aware that a problem calling for intervention exists. The reasons for such administrative initiatives are varied and complex, ranging from altruistic public service commitments to self-serving empire-building. For present purposes we are not concerned with the reasons why the Administration behaves and functions as it does. However, we are concerned that our traditional approach to administrative law fails to address or even recognize this autonomous character of the modern Administrative State. Administrative law should have the means to hold the Administration accountable for the way it influences the policy objectives of society.

The Administration constantly produces and applies rules which, even though they are not legislation, nonetheless govern the activities of administrators. Within most federal government institutions there are numerous rules which apply to internal functioning. These may be found in circulars, instructions, guidelines, manuals and so on; the names under which rules appear vary among institutions. Although such rules are binding internally, they do not meet the formal requirements of delegated legislation and are therefore not binding externally when a decision is made which affects individuals. Nonetheless, these internal rules clearly affect the public. Means should exist within administrative law for controlling the Administration's production and application of its rules.

Likewise administrative law must be adapted to account for the varied means deployed by the Administration to realize policy objectives, whether these objectives

are established through political processes or by the Administration itself. There are at present few legal standards or procedures to govern important aspects of administrative action such as the distribution of financial incentives and the exercise of prosecutorial discretion. While it may not be desirable to become excessively legalistic about these matters, there is a need to study the nature and the working of the Administration at close hand if we are to bring our system of administrative law into line with present needs.

# CHAPTER TWO

## The Reform Challenge

Reform of administrative law can take place at many levels. First, and most basic, is the reform which flows from appropriate changes in attitude on the part of all players involved in the administrative process. Administrators must come to accept the value of bringing their activities more effectively under law. Those who are affected by administrative action, together with the lawyers who represent them, must be more sensitive to the legitimate public policy objectives which inform administrative actions. They must acknowledge that the relationship between the Administration and the public is not inherently antagonistic. Judges charged with ultimate oversight of administrative activities should also become more aware of the nature of the relationship which now exists between the Administration and members of the public. They must use their authority with restraint, being ever vigilant to protect individual liberties while taking into account the nature of administrative action and the policy objectives being pursued.

However, change in attitude is not sufficient to ensure realization of the needed reforms in administrative law. The ultimate responsibility for the required reforms must be carried by Parliament. It is necessary and desirable to allow administrators wide latitude with respect to implementation of legislation since it is impossible to frame specific rules to cover every fact situation with which administrators must deal. However, the legislators should make clear the policy objectives which particular laws are intended to advance; they should also, wherever possible, prescribe general guidelines or standards for the implementation of those objectives.

Many of the reforms required to adapt administrative law to present-day needs will require specific legislative initiatives. With the proliferation of distinctive administrative institutions and special legislative regimes for particular administrative purposes, administrative law has become much less a thing of hoary common law doctrine. Responsibility and authority to make the necessary legislative reforms rest with Parliament.

The Law Reform Commission of Canada can and should be a catalyst for attitudinal change and for the more fundamental reforms which Parliament must ultimately establish through legislation. However, we cannot perform this task in isolation. The reform process requires the combined energies of legal scholars as well as administrators and scholars from related social science disciplines such as political science, public administration and economics. It also requires lawyers and judges to reorientate their thinking; they must come to recognize the limitations of judicial review and become sensitized to the dynamics of the administrative process.

The process of administrative law reform must include an effort to reconcile lawyers' and administrators' values. The problem, as succinctly described by John Willis ((1968) 18 U.T.L.J. 351), is that lawyers, steeped in an ideology that seeks to limit encroachment by the State on freedoms of the individual, are often hostile to the broad social goals which inform administrative actions. Lawyers tend to see administrative initiatives from the perspective of the affected individuals and are often insensitive to the broader redistributive objectives which shape the administrators' approach. While lawyers' values predominate in the context of a system of administrative law based on judicial review, the divergence of values has had a negative consequence. With the growth of the Administrative State, a great deal of administrative action which should be subject to legal constraints has fallen outside the purview of our administrative law regime.

## I. Towards a New Administrative Law

The traditional approach has focused predominantly on the checking function of administrative law. It views administrative law as the mechanism through which aggrieved individuals may challenge administrative acts and seek redress through the courts and as the law which circumscribes administrative action and controls bureaucratic excesses. The common law, as it is applied to the actions of the Administration, is primarily concerned with abuses to individuals. While this concern with controlling administrative abuse is laudable, it is not the totality of administrative law.

Administrative law has two purposes: to serve both the Administration, and those affected by the actions of the Administration in their relations with the State. While this statement may seem obvious to some, it represents a fundamental shift in focus for administrative law.

Administrative law must be the law of administrative functioning. Administrative actions ought to be framed by rules of law. The first step towards development of a system of administrative law which properly governs the full range of administrative activity is to acknowledge that the function of the Administration is, on the one hand, to organize and define its means and its purposes and, on the other hand, to make concrete the relationship between the State and the individual. The way in which the Administration goes about discharging its functions can and should be governed by administrative law. Likewise our system of administrative law should make clear the legal consequences of the various kinds of administrative acts: That is, in what manner and at what stage do these acts affect the rights and obligations of individuals who are the subjects of the acts. Questions which need to be addressed in a systematic way include:

— What, in law, constitutes an administrative decision as opposed to an act which amounts to something less than or other than a decision?

— How can we distinguish in law among types of administrative acts (contractual, non-contractual or mixed)?

— What legal effect should be ascribed to administrative guidelines, promulgated through instruments such as interpretation bulletins and management manuals, which shape administrative action but are clearly less than formal legal rules?

— What procedural requirements should be imposed on administrators in the exercise of their various functions (for example, rule making, decision making, policy making, allocating of public resources)?

— To what extent should the policy implementation activities of administrators (for example, negotiation, granting of incentives, inspection, prosecution) be subject to legal rules and standards?

— When and through what channels can affected individuals seek review of particular administrative acts?

The traditional approach to administrative law, based as it is on the assumption that administrative law is ordinary law applied to issues arising in the context of public administration, fails to recognize the unique attributes of governmental action. Many of the governing principles upon which the common law, and even much of statute law, is based were developed in the context of relations among private parties. Concepts and principles which are appropriate to private law are often ill-suited to deal with problems arising in the public law context. Tort liability of the Crown, for instance, is addressed in the same terms as are used to determine liability between private parties. The use of private law offers many opportunities for the State to escape liability which we might, as a matter of public policy, want it to bear.

Administrative law must take cognizance of the unique nature of administrative acts. Of necessity these acts have a *public* dimension because they are the acts of the administrative apparatus of the State. The State, in contrast to private parties, has the legal capacity to impose its will unilaterally when it acts. In the context of administrative action, there is no legal requirement for consensus of the affected parties, as there is in private legal relationships. It is quite possible for the Administration to engage in consensual commercial activities which should not be governed by administrative law. However, in situations where the Administration possesses the ultimate power unilaterally to alter individual rights and obligations, we need a system of distinct legal rules to organize and control the exercise of that power. One of the essential functions of administrative law is to provide the required system of rules. It is this attribute of administrative law as the law of State action that distinguishes it from other branches of law.

If administrative law is to fulfil this function, it must primarily address the substance, as opposed to the form, of administrative acts. Our present approach focuses excessively on form. For instance, the characterization of a function as quasi-judicial rests upon an analysis of procedural formalities more than on the substance of decisions. Administrative law must be developed to evaluate administrative acts in

terms of their real impact on the legal position of affected individuals, rather than on the basis of their conformity to prescribed form.

The realities of the modern Administrative State create an inevitable inequality of position between the Administration and the individual. It may be necessary to develop a special body of administrative law to redress the imbalance and to protect the liberty of individuals. It should be remembered that in the Western world administrative law emphasizes the protection of rights and freedoms of individuals through judicial control of administrative action, and that it is in essence a liberal force in society and one of the fundamental manifestations of democracy. The inherent liberal character of administrative law must be recognized and preserved in any reform effort.

The need for a special body of administrative law does not necessitate the creation of specialized administrative courts. Our analysis may be seen by some common lawyers as a heretical, insidious attempt to import alien, continental European legal concepts into our system. However, at this early stage we are not suggesting that the continental approach is necessarily more appropriate for our present circumstances. We are simply pointing out that, if we are to reform administrative law and make it responsive to the realities of the modern State, it is necessary to pose fundamental questions and to be open to the practical consequences of the answers to these questions.

## II. Rationale for Renewal of Administrative Law

As we have already noted, administrative law must be reformed to take proper account of the existence of the State as a distinct legal entity. Resort to the constitutional fiction of the Crown as the embodiment of the State is inadequate. Administrative law must also be reformed to take into account the new legal imperatives imposed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In light of administrative law's intrinsically liberal character, reforms should foster democratization of the relationship between the State and individuals. We address these three points below.

### A. The Existence of the State

We have faulted the traditional approach to administrative law for its failure to recognize the State as a distinct legal entity. The "State" is admittedly a fiction, but it is useful as an interposition. It can be characterized as the supreme authority in society, although distinct from society. The authority and power of the State and the obedience of the subject are derived from law. As such, the State represents a bundle of legal powers. Therefore, the relationship between the State and individuals must be addressed in terms of how State actions affect the rights and obligations of individuals.

It is important to recognize the dual function of the State. While performing a negative, constraining and ordering function, it is also a provider. The State as provider requires a different dynamic in the functioning of law than does the State as orderer and constrainer. Administrative law must be developed to address both these functions and to provide adequate legal guarantees for individuals.

The failure of the prevailing approach to recognize the State as a distinct legal entity is compounded by its failure to comprehend the number and diverse types of decision-makers in the present-day federal government. The traditional approach dichotomizes administrators acting in an "administrative" capacity and those acting in an "adjudicative" capacity. It assumes that all those operating within the traditional departmental structure are acting administratively and struggles to classify the activities of those acting outside of departments on the basis of arcane criteria. In addition, administrators' activities are sometimes commercial in nature but the traditional approach does not adequately distinguish such activities on a functional basis.

As a consequence of the increasing complexity of governing, the theoretical tripartite constitutional division of power among legislature, executive and judiciary has blurred. The diversity of institutions and of activities performed by those institutions defies simple characterization. In the parliamentary system it is implicitly recognized that there is no absolute separation of legislative and executive functions. An independent judiciary is recognized in the court system. However, "judicial" functions are also exercised outside the courts by the executive branch. It remains to be determined whether the *Charter* requirement for independence of the judiciary precludes the executive branch's exercise of "judicial" functions or necessitates a more clear-cut separation of "adjudicative tribunals" from the executive branch.

An interesting side-issue, which may or may not be directly within the subject of administrative law but which needs to be addressed if we are to develop a system of administrative law that is responsive to present needs, is the sociological impact of particular legal structures on the society served by the legal system. Rules and procedures dictated by the legal system structure the behaviour and the expectations of the participants in the system, sometimes in unexpected and counter-productive ways. Our approach to administrative law should be sensitive to these distorting effects of legal arrangements; the legal regime should include, where possible, appropriate corrective mechanisms. At this stage we do not pretend to know how this might be achieved. We simply point out that it is an area of inquiry that must be pursued in the course of modernizing our administrative law.

Possibly the most significant consequence of the growth of the Administrative State, or more precisely the Welfare State, is the growing dependency of individuals on the State. The general improvement in the material well-being of our society is hailed as one of the triumphs of capitalist democracy. However, the growing dependency of the public on State initiatives may carry with it profoundly anti-democratic seeds, particularly if the legal system fails to redress the fundamental inequality of legal and economic power which exists as between the Administration and individuals.

The system must also accord appropriate legal status to those affected by the actions of the Administration. As users of public services and subjects of State regulation, individuals have certain rights and obligations which should be clearly set forth in our administrative law regime. In this way, appropriate legal remedies and sanctions can be invoked to maintain the correct relationship between individuals and the State.

In the modern Administrative State, management, organization and technique can easily overshadow public policy objectives, legal principles and social values. The federal bureaucracy has responded to the increasing complexity of governing with varying degrees of success. The law must help ensure that the Administration remains accountable for the ways in which programs are achieved.

## B. *Charter* Imperatives

Proclamation of the *Constitution Act, 1982* (enacted by the *Canada Act 1982* (U.K.) 1982, c. 11), which includes the *Charter*, has entrenched principles such as legality, proportionality and equality which have a direct bearing on administrative action. The *Charter* is promoting a general awareness of the need for better legal guarantees. The implications of these developments must be clearly understood by Parliament as it undertakes new initiatives towards the exposition and development of administrative law in Canada.

At this stage it is not clear in which direction the *Charter* will push administrative law in Canada. We noted above that the challenge for reformers is to find a proper balance between administrative and legal values. However, this approach might not hold under the *Charter*. Subject to section 33, the *Charter* can be invoked from an individualistic perspective and be made to prevail over collective dimensions of State action. Viewed from this perspective, the *Charter* accentuates the role of law in the legalization and entrenchment of liberal values about the State and society. This may hinder the recognition of administrative values and bring us back to the old notion of a limited State.

However, it does not necessarily follow that the *Charter* will be applied to return the State to its traditional role as rule-maker and umpire. The underlying social imperatives which have given rise to the Administrative State are not simply wiped away by invocation of constitutional doctrine. It is necessary to seek creative applications of *Charter* principles to deal with the realities of the Administrative State. The new order calls for justifications to support State action and administrative law rules. Such actions and rules are now susceptible to the courts' critical evaluation against the constitutionally entrenched values set forth in the *Charter*.

The judicial tradition of exercising minimum control over the ordering function of the Administration is changing in the wake of the *Charter*. We see this as an essentially positive development towards the modernization of Canadian administrative law,

provided that the judicial intervention is not exercised in a misguided, heavy-handed way which would disregard the imperatives of the Administrative State now existing in this country. Until recently the State could essentially operate without justifying its actions to the courts. With the introduction of the *Charter*, as demonstrated by the *Hunter* v. *Southam* case ([1984] 2 S.C.R. 145), there must now be a balancing of interests by way of an assessment of the State's interests and those of society, with the courts as final arbiter. Minimum control of the ordering function is being replaced by a more encompassing judicial surveillance of government action. This has the potential to become the starting-point for articulation of a body of administrative law of the sort which we suggest. Through the new approach to administrative law advocated in this paper, the courts may be guided and influenced in a positive and constructive way in the exercise of their surveillance function. For such guidance to be of any value, it is of pressing importance that research be directed towards a clear exposition of the nature and function of the Administration and the relationships which exist between the Administration and individuals.

## C. Democratization

Ironically the traditional approach to administrative law, which on the one hand is dedicated to the protection of the liberties of the individual against excessive State intervention, is strangely silent, on the other hand, with regard to the right of individuals to have some input in the administrative processes which affect their lives. Because the traditional approach is blind to the existence of the Administration as a distinct legal entity, it fails to address the basic problems which arise because of the inherent economic and legal inferiority of individuals in their relationships with the State.

As noted earlier, administrative law should be a fundamental manifestation of democracy in our society. But democracy implies more for individuals than the mere capacity to invoke the law to protect oneself against abuses perpetrated by government. It also implies a positive right to influence the policies and actions of government.

In substantive terms, these affirmative elements of democratization may include, among other things, a right to proper notice of proposed administrative initiatives and a right to comment on the probable effects of governmental initiatives before action is taken. The Administration might be subject to a number of obligations in relation to individuals, including obligations to provide reasons and to reach decisions in an open and accountable manner. In general, we suggest that it is important to improve the simplicity and efficiency of the administrative process as well as to reduce costs of participation for individuals.

To some extent this function of administrative law is addressed by the rules of natural justice and the requirement for fairness in administrative action. However, under the present system, fairness or other requirements are enforced primarily through the process of judicial review which is prohibitively costly for most individuals. Even when

an aggrieved party seeks redress in the courts, the complete disequilibrium between the parties and the complexity of privileges and immunities available to the Administration work to stack the process against the individual. In the area of substantive law, where damage is sustained as a result of administrative action undertaken in the interests of the community as a whole, the disequilibrium between the State and individuals may call for compensation based on a rational allocation of burdens within society rather than on notions of fault imported from private law.

# CHAPTER THREE

# A Conceptual Approach

We suggest that future study might be organized around four unifying themes. To facilitate a more cohesive approach to the subject, we have organized administrative law into four broad areas already found in German, American and French law, namely: the legal status of the Administration; processes, procedures and instruments of administrative action; administrative structures and organization; and internal and external controls. These four themes are discussed in more detail below.

This way of organizing the field is not intended to pre-empt multidisciplinary approaches. For instance, economic analysis of government tortious liability would be highly valuable, as would a sociological approach to administrative relationships. Our approach, however, allows us to bring order to a diffuse subject-matter.

## I. Themes

### A. The Legal Status of the Administration

The various components of the federal Administration in Canada lack a coherent legal status congruent with the different functions they actually perform. Rather than looking at the Administration as a collection of institutions designed to carry out particular tasks that are required in a modern Nation-State, our legal theory equates the Administration with the "Crown." This is a conceptual monolith inherited from medieval England which does not reflect the modern Canadian situation. The Crown is not the same thing as the State, nor does it embrace all administrative activity since there are many government bodies such as regulatory agencies, public enterprises and others which are not part of the State apparatus co-terminous with the "Crown."

Legal status implies certain rights and obligations which will vary according to the status of the entity concerned. When status is ascribed according to historical criteria that have little relevance in relation to the modern administrative apparatus of the State, how it is structured and what its various components actually do, the status accorded to the Administration may actually frustrate the development and use of administrative law to frame and structure administrative action. If administrative institutions are effectively to perform the tasks which society expects of them, then their legal status, including the privileges and immunities which they enjoy, must be brought into line with the functional needs of these institutions.

The question of the status of the federal Administration in Canada cannot be understood without identifying the real beneficiaries of Crown immunities and privileges and without a clear picture of the practical consequences of these privileges and immunities in the context of administrative action. Our present approach to administrative law fails to provide us with means to determine what institutions and functions can properly be identified as comprising the federal Administration. Yet this uncertainly defined federal Administration enjoys a variety of privileges and immunities which often apply unevenly and without apparent logic in a manner that undermines public respect for the system. Administrative law ought to provide criteria for identifying particular institutions as part of the federal Administration, and for defining privileges and immunities which are appropriate to the functions which these institutions serve. Both aspects must be addressed in the modernization of our administrative law.

## B. Processes, Procedures and Instruments of Administrative Action

In general, what kind of substantive and procedural rules govern administrative decisions? Should these rules be uniform? These questions draw attention to a more fundamental issue about the role of law. Assuming that law is an organizing device, how, in respect of substance, procedure and framework, does law relate to deciding?

An age-old question concerns the correct balance between law or rules, and discretion. This does not imply an opposition between law and discretion, as a more simplistic view would hold. The dilemma is not between subjecting administrative action to a formal legal control of some kind, and just leaving that action to the discretion of administrators. The goal is to find the proper mix of law and discretion in given situations.

In addition, attention must be paid to the ways by which the federal government carries out its functions, and to the links between decision making and procedure. A decision is characterized primarily by its substance or content, that is, what is decided. Decision making involves a process of choosing a course of action. Decisions include but are not limited to individualized acts; in fact, they are generally made for the creation and application of law. A decision is derived from the exercise of a legal will or power to act. The nature of administrative decisions and the procedural requirements regarding administrative decision making are not adequately addressed under the traditional approach to administrative law. What criteria are appropriate for determining when an administrative decision should be subjected to judicial-like decision making processes and when decisions should be governed by different processes? Where non-judicial procedures are appropriate, what specific formalities are necessary to meet the requirements of fairness and efficiency in different fact situations?

The federal government carries out its functions through a wide range of instruments. Policies and decisions are implemented through a variety of processes and are subject to myriad procedures. Coercive instruments such as command–penalty offences and licencing arrangements have to this point attracted the lion's share of

judicial, legislative and administrative (not to mention public) attention. However, the expanding role of the State as provider has meant increasing reliance on non-coercive instruments, including grants, tax subsidies, low interest or interest-free loans, and persuasion. With respect to these non-coercive means of "getting things done," legislators, judges and administrators have given insufficient attention to many practical situations. The result has been a hodgepodge of judicial pronouncements, unclear conceptual analysis and the adoption of *ad hoc* processes and procedures.

Underlying these ways and means of government action are some very basic issues, many of which remain unresolved. How well do current concepts comprehend the use of both coercive and non-coercive measures? Should analogies be drawn from decisions respecting coercive measures to explain and structure use of non-coercive measures? What rights and obligations should attach to coercive and non-coercive measures? Should so-called "regulatory" offences be the subject of separate procedures and "adjudication" by specialized bodies? How well does the legal regime deal with the ongoing nature of relations between administrators and the subjects of government action that characterize much of the policy implementation process?

Non-contentious guarantees in favour of individuals have not been systematically studied. The notion of non-adjudicative administrative procedure is not recognized in "administrative law" as classically defined. A statutory charter for users of public services might be a practical basis for reform of the law in this area. In the absence of comprehensive attention to issues of this nature, the existing framework will remain inadequate and unrealistic, unable to respond to the needs of administrators and the public. This may lead administrators and affected individuals to turn to informal *ad hoc* practices, so that dealing with the Administration becomes a question of who knows the real unstated rules and how to apply them. Such practices bring administrative activity into disrepute and retard development of a coherent, open and fair system of governing. They may also retard recognition of the importance of law as an organizing device.

## C. Administrative Structures and Organization

We take as a given that governmental organization ought to be in accord with the functional requirements of a good administration. Government institutions and their powers are broadly framed by legislation and the ordinary law, but there is much work to be done to bring the day-to-day activities of public administrators within rules of law.

Government performs many functions on behalf of society. These functions can be grouped broadly into general categories. From one perspective, State functions include ordering and providing. Ordering means law making and law application, as well as the provision of mechanisms for resolving legal disputes (for example, the courts). Government also provides goods and services. From a different perspective, government functions may be divided under the headings of policy formulation and policy

implementation. Each of these functions of government can be assessed in terms of conventional criteria. For administrative law, "fairness" and "effectiveness" are main criteria for analyzing the "goodness" of administrative actions.

"Fairness" has received much treatment in the literature, especially in respect of the ways in which courts assess administrative decision making, be it by tribunals, public servants, or government agencies. "Effectiveness" should be addressed more comprehensively. It implies accountability for results, since it indicates the degree to which objectives are achieved. In the organization of government, issues both large and small give rise to important questions of effectiveness. Broadly speaking, these relate to the choice of institutions, and consequently processes and actions required to discharge particular functions or roles. More specifically, they relate to the choice between a department, a public enterprise, or an independent administrative agency to execute a given task. For example, what kinds of institutions should be selected for performing particular classes of administrative actions? What policy implementation functions can be performed by private parties or only by governmental institutions? How should governmental institutions organize themselves for the correct exercise of legal powers?

In turn, where decisions are made that affect private rights and obligations, a choice is involved as to the types of required process and procedure. This procedural choice is tied to the type of institution initially selected. Indeed, one question is whether some basic patterns and models exist in these matters *vis-à-vis* the organization of government. For instance, an adjudication function for resolving legal disputes generally tends to be entrusted to some kind of tribunal or judge, rather than to a commercial enterprise.

Now let us consider delegation of authority and internal rules of government institutions. Upon delegation, authority must be passed to private parties, to government institutions and to public servants within the institution itself. Can such delegation be accomplished without legal instruments, without pre-conditions (for example, certification), or without training or other qualifications? Should delegation be made to specific individuals or to a supervising authority?

Internal rules governing the actions of public institutions also pose issues for reform. These rules affect private individuals and firms in their relations with government, since they prescribe conditions for the exercise of legal powers and for discretionary decision making. In some institutions such rules are sketchy, while others show Byzantine detail. Thorough investigation is necessary to make fair and effective the many administrative regimes of government, and to better frame them by rules of law.

## D. Internal and External Controls

The subject-matter of controls can be conveniently divided into external and internal controls. Judicial review has been the traditional avenue for the legal control of administrative action. This avenue represents a form of external control. An emphasis

on getting the job done correctly in the first instance and a reassignment of judicial review as a control point at the end of a process, mean that a greater importance ought to be given to internal control mechanisms *within* the Administration. Three major elements should be addressed in this context. First, reconsideration of a decision must be envisaged as an efficient second-look technique for correcting errors, at the disposal of both individuals and administrators. Second, internal appeals, that is, appeals heard at a tier different from the initial decision-maker, may provide an internal and fair review mechanism. Other techniques such as the supervisory function of a superior over subordinates must also be assessed as methods of correcting errors and of redress to individuals. Indeed, the importance of well-designed internal remedies or control points is emphasized by the doctrine of exhaustion prior to judicial review. Effective internal controls would complement the limited ambit of judicial review, and would accord with the proper ambit of external controls. At present, insufficient attention has been paid to the creation of appropriate and effective internal controls.

Regardless of how far the administrative system can be improved internally, there will always be a major role for external controls. Courts will continue to play a role because judicial review is part of their inherent jurisdiction. Also, constitutional issues which may arise in the course of administrative decision making will have to be resolved by the courts. However, once the limitations of judicial review are recognized, it will take its place among a plurality of options. There are several other points concerning the external control of administrative action.

One non-curial external control could be provided by ombudsmen. Even though sectoral "ombudsmen" have been created to take care of specialized problems, there is still no general federal ombudsman. This institution is non-adversarial in nature and exemplifies the diverse avenues of redress for individuals, which, although non-judicial, can and do enjoy a high degree of independence.

Along the same lines, external appeals to tribunals or courts can offset the inherent limitations of judicial review. Although they are frequently heard by courts, appeals are different from judicial review. Appeals can allow for a substitution of opinion and a closer review of decisions on their merits. Their level of formality may depend on the nature of the interests involved.

Further, non-legal controls such as internal or external audits, are also important in the larger view of administrative law.

Control of administrative action is a function that can be shared among many institutions or types of decision-makers. Law and bodies entrusted with law application and creation are primary candidates for organizing control. However, a plurality of interdependent modes, bodies and procedural regimes that reflect the diverse nature of the control function, is called for. For instance, legal control can address jurisdiction only, or questions of law; control through an appeal can reach facts and the merits of a decision. Non-legal control bears not upon the legality of a decision, but upon its regularity, expediency or financial soundness.

A legal dispute may involve several parties, or simply an individual and a decision-maker. This we call a contentious procedure. It implies adversariness which is treated by following a trial-type procedure. The suitability of that model for all legal controls is questionable.

Overall, contentious procedure in judicial review has many gaps. For example, the multiplicity of remedial avenues and the absence of distinctions between public law and private law are sources of confusion, frustration and inequity. We must explore new solutions, especially the unification of curial remedies and the clarification of their fields of application in administrative law. As well, given the fundamental economic inequality between the parties and the extraordinary procedural privileges enjoyed by the Administration, the procedure which governs curial proceedings in contentious matters is manifestly ill-adapted to the special nature of litigation between the individual and the Administration.

## II. Proposed Topics for a Five-Year Plan

In the foregoing discussion, we have attempted to set forth issues which must be addressed to achieve needed modernization of federal administrative law. We propose that reform of administrative law must take into account the functions performed by government in its own right, and must look beyond the confusions, easy assumptions, and inflexible inelastic doctrines of the past.

In the past, administrative law was intended to protect the rights and freedoms of individuals and check the anti-libertarian tendencies of the State. Though still an important component of administrative law, this traditional approach is no longer capable of meeting broader challenges. If reforms succeed in bringing our system of administrative law into line with the realities of our modern Administrative State we will eliminate situations where administrative activities are not subjected to law and cannot be rationalized in terms of law.

We conclude with our recommendations for work which should be done to achieve needed reforms of Canada's administrative law. Our suggestions in this regard are not exhaustive. Rather they are to indicate the priorities of our Administrative Law Project over the next five years, bearing in mind the constraints of time and available human and financial resources. Our contribution towards reform is necessarily limited by these constraints. It is hoped, however, that our efforts will serve to stimulate new approaches and attitudes. At the applied level we hope that our efforts will influence Parliament to initiate some of the urgently needed basic reforms.

Division of topics along the range of short, medium and long term may seem arbitrary. This division largely reflects our current work and the fact that many studies, however urgent, cannot be undertaken immediately.

A balance is maintained between the practical and the theoretical, between the short and the long range, between strictly legal and multidisciplinary approaches, between exploration and the making of final recommendations, and between the two legal traditions in Canada. An enormous amount of work remains to be done. The subject-matter is vast. This plan only attempts to structure future studies; it does not claim to be exhaustive, since other topics could be added in the future to those listed here.

## A. Short-Term Research

| | |
|---|---|
| (1) Towards a Modern Federal Administrative Law | General philosophy for reform of administrative law (with supporting papers). |
| (2) Bringing the Crown under the Law | Application of statutes to the Crown. |
| (3) Procedure and Decision Making | An introduction to decision making as a structured process: prerequisite to legislative reform. |
| (4) Federal Inspectorates | Legal powers, status, organization and control of "administrative policing." |
| (5) Financial Incentives | The legal framework for administration of tax subsidies, grants, and so on. |
| (6) Regulatory Offences | Examination of language, fora, evidence and procedure to develop law distinct from the criminal model. |
| (7) Tort Liability of the Administration | Proposed scheme of compensation for damage caused by federal administrative acts. |
| (8) Australian Administrative Appeal Tribunal | Study of the recent Australian consolidation of appeals in relation to the Canadian situation. |
| (9) Ombudsman | Study of questions about, and proposals for, the creation of a federal ombudsman. |
| (10) Administrative Appeals | Study of appeals as an alternative remedy with a view to restructuring the federal appeals system. |
| (11) *Ex Gratia* Payments | Study of an administrative system of compensation for federal damage (directly linked to research topic 7, above). |

| | |
|---|---|
| (12) Limitation Periods | Proposals for the reform of special procedural privileges for the Crown. |
| (13) Immigration Appeals | Study of current problems faced by the Immigration Appeal Board, with concrete procedural reform proposals. |
| (14) Legal Status of Public Enterprises | Proposed new legal status for business activities of the State. |
| (15) Fiscal Privileges of the Administration | Study of the relevance of special procedures regarding business dealings of the State. |
| (16) Procedural Privileges and Immunities | To propose a new coherent set of rules for litigation between the federal State and the individual. |
| (17) The Nature of Administrative Acts | An attempt to define the nature of administrative decisions and to clarify the differences between the "administrative" and the "judicial." |
| (18) Unification of Remedies of the Federal Court | Proposed reduction of overlaps among judicial remedies. |

## B. Medium-Term Research

| | |
|---|---|
| (19) Statute of Administrative Procedures | (Based on research to be completed for topics 3 and 17, above). |
| (20) Environmental Mediation | Administrative dispute resolution as an illustration of non-contentious procedure. |
| (21) The Control and Regulatory Function of Government | Modernizing the classical theories about the coercive function of government. |
| (22) The Dispute-Resolving Function of Government | A study of the non-curial legal dispute solving function of the State and of its modes and procedures. |
| (23) Transformation of Institutions | The legal implications of institutional transformations such as from tribunal to court or from department to Crown corporation. |

| | |
|---|---|
| (24) Administrative Dispute Resolution | A promotion of alternatives to the court dispute resolution model. |
| (25) Delegation of Government Functions and Privatization | An examination of the legal implications and limitations of the delegation of government functions to private sector actors. |

## C. Long-Term Research

| | |
|---|---|
| (26) Federal Court Procedure Reform | |
| (27) Internal Legal Authority | A study of the nature and effects of vertical authority within administrative structures as an introduction to further research on internal ordering and internal legal remedies. |
| (28) Methods of Internal Ordering | The legal status and effects of internal managerial acts, such as manuals and directives. |
| (29) Internal Legal Remedies | The structure and organization of internal administrative remedies. |
| (30) Administrative Secrecy and Information Disclosure | Access to information and openness of processes. |
| (31) Administrative Evidence | A study of evidentiary practices and a search for unifying principles in administrative decision making. |
| (32) Procurement Contracts | Examination of the use of procurement contracts as instruments for implementation of government policy with proposals for legal structuring of procurement contracting procedures (directly linked to research completed for topic 5, above). |

# pour un nouveau droit administratif fédéral

SÉRIE DROIT ADMINISTRATIF

DOCUMENT DE CONSULTATION

Canada

87-04307/

# POUR UN NOUVEAU DROIT ADMINISTRATIF FÉDÉRAL

Droit administratif

Document de consultation

# POUR UN NOUVEAU DROIT ADMINISTRATIF FÉDÉRAL

Section de recherche en droit administratif

Document de consultation préparé à l'intention de la

Commission de réforme du droit du Canada

par

John Frecker, commissaire
Patrick Robardet, coordonnateur
John Clifford, conseiller
Daniel Mockle, conseiller
Kernaghan Webb, conseiller

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1987
N° de catalogue J32-8/1-1987
ISBN 0-662-55094-3

# Table des matières


INTRODUCTION ..... 1

CHAPITRE UN : La situation actuelle ..... 5

I. La conception traditionnelle du droit administratif ..... 5
   A. Origine et description ..... 5
   B. L'obsession du contrôle judiciaire ..... 6

II. Les lacunes de l'approche traditionnelle ..... 7
   A. Le déclin de la responsabilité ministérielle ..... 7
   B. La croissance de l'État administratif ..... 8
   C. L'autonomie politique de l'Administration ..... 9

CHAPITRE DEUX : Le défi du renouveau ..... 11

I. Pour un nouveau droit administratif ..... 12

II. Les prémisses du renouvellement ..... 14
   A. L'existence de l'État ..... 14
   B. Les impératifs de la Charte ..... 14
   C. L'objectif de démocratisation ..... 16
   ..... 17

CHAPITRE TROIS : L'approche conceptuelle ..... 19

I. Le cadre thématique ..... 19
   A. Le statut juridique ..... 19
   B. Les procédés, la procédure administrative et les moyens d'action ..... 20
   C. L'organisation de l'Administration ..... 21
   D. Les contrôles internes et externes ..... 22

II. Les sujets d'étude proposés : plan quinquennal ..... 24
   A. La recherche à court terme ..... 25
   B. La recherche à moyen terme ..... 27
   C. La recherche à long terme ..... 27

# Introduction

Ce document de consultation vise à exposer, pour fins de commentaires, les principaux éléments qui doivent fonder tout effort de modernisation du droit administratif fédéral. À titre de réformateurs du droit, nous voulons proposer des réformes précises en matière de droit substantif et de procédure afin d'améliorer l'équité, l'efficience et l'efficacité de l'Administration fédérale. Dans cet esprit, nous examinerons des questions telles que la prise de décisions, le contrôle exercé par la Cour fédérale sur l'action administrative et le statut juridique des divers organes de l'Administration fédérale. Nous nous intéresserons également au rôle du droit dans l'activité administrative et aux moyens de réalisation des objectifs publics qui concernent directement les individus. En somme, nous voulons revaloriser le droit en tant qu'instrument de promotion de l'équité, de l'efficience et de l'efficacité administrative. Nous voulons découvrir, pour les corriger, les déficiences des régimes juridiques qui font obstacle à cette promotion. Enfin, nous voulons examiner plus attentivement l'utilisation du droit pour faciliter la réalisation de ces objectifs.

Pour des impératifs de concision, ce document de consultation ne contient pas d'analyse détaillée ni de références quant à nos sources. Des analyses plus fouillées et les sources consultées seront présentées dans des études en cours de préparation en vue de publier un rapport au Parlement. Au stade actuel de nos travaux, nous voulons exposer notre démarche de façon claire et simple dans l'espoir de susciter, dans l'immédiat, des commentaires et des suggestions.

La conception dominante du droit administratif insiste sur le rôle du droit en tant que mécanisme de contrôle et de rectification de l'erreur administrative. Dès sa création, la Commission de réforme du droit du Canada (CRDC) a adopté une approche plus large et a voulu examiner en détail l'action administrative en vue de formuler des règles et des normes pour améliorer la régularité. L'un des objectifs recherchés est de réduire au minimum la nécessité d'une action corrective par les tribunaux. Jusqu'ici, nos travaux de recherche ont consisté surtout en des monographies d'organismes administratifs autonomes tels la Commission d'assurance-chômage et le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Cette première phase a abouti à la présentation au Parlement de notre rapport nº 26 intitulé *Les organismes administratifs autonomes* (CRDC, 1985); ce rapport contient nos recommandations générales au sujet des décisions prises par ces organismes.

Plus récemment, nos travaux ont été élargis aux moyens d'application des objectifs publics; ils ont aussi examiné comment les méthodes d'application des lois facilitent l'observation de ces objectifs ou au contraire entravent cette observation (voir le document de travail nº 51, *Droit, objectifs publics et observation des normes* (CRDC, 1986)). Nous avons simultanément commencé l'examen des nombreux privilèges et immunités dont jouissent certains organes de l'Administration fédérale en raison de leur

assimilation à la Couronne (voir le document de travail nº 40, *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (CRDC, 1985) et le document d'étude intitulé *L'immunité d'exécution* (CRDC, 1987)).

La progression de nos travaux souligne la difficulté de concilier la conception traditionnelle du droit administratif avec les réalités de la vie administrative.

Nos doutes quant à la pertinence de cette conception traditionnelle ne sont pas nouveaux. Certains problèmes ont déjà été étudiés par bon nombre d'auteurs qui ont fait remarquer que l'identification des lacunes représente tout au plus un premier pas en vue de leur solution. Quoi qu'il en soit, à cette étape préliminaire, il est impossible de se prononcer, dans un sens favorable ou défavorable, sur les propositions de réforme formulées par d'autres. À notre avis, la plus grande difficulté provient d'une incompréhension des liens entre le droit et l'Administration. Il faut comprendre ces liens avant d'entreprendre toute réforme significative. Cet objectif requiert une approche fondamentalement nouvelle du droit administratif.

Ainsi, nous devons comprendre d'une part, les fonctions de l'appareil administratif de l'État et, d'autre part, les objectifs de l'Administration, tant ceux qui participent de la protection de l'intérêt public que ceux qui se traduisent par des programmes spécifiques. Les moyens employés pour réaliser ces objectifs soulèvent des interrogations quant aux droits et obligations de l'Administration et des administrés.

Dans cette optique, il faut examiner les structures institutionnelles chargées d'exécuter les multiples activités de l'Administration. Ces structures prennent les formes les plus diverses, du ministère à l'organisme administratif autonome, du tribunal administratif à l'entreprise publique, sans oublier l'institution mixte au sein de laquelle collaborent les secteurs public et privé. Les mécanismes qui assurent la responsabilité de l'Administration varient selon le mode d'intervention, tout comme les règles qui régissent l'organisation et le fonctionnement de chaque institution administrative. En droit administratif, il faut harmoniser les normes procédurales et les mécanismes de contrôle en fonction des diverses formes organisationnelles.

Le choix d'une forme organisationnelle particulière entraîne des effets juridiques qu'il faut évaluer avec soin. Par exemple, le contrôle ministériel des ministères ou des entreprises publiques est généralement admis alors qu'un contrôle de ce type sur les organismes juridictionnels est mal perçu. Ces effets juridiques n'ont pas été systématiquement examinés dans le passé.

Comme nous l'avons fait remarquer dans le document de travail nº 51 (CRDC, 1986), l'activité administrative ne se résume pas à l'application de règles et à l'imposition de sanctions en cas de manquement. Les objectifs de l'Administration sont principalement atteints grâce à la négociation, la persuasion et l'application sélective d'incitatifs. Pour mieux subordonner l'activité administrative au principe de légalité, il est nécessaire de mieux comprendre les instruments et techniques déployés par les administrateurs pour appliquer les lois et réaliser les objectifs publics.

Il convient également de mieux comprendre la diversité des mécanismes de contrôle de l'activité administrative. La conception traditionnelle du droit administratif privilégie les tribunaux comme principaux mécanismes de contrôle. Une approche novatrice visera à instaurer d'autres mécanismes à caractère non contentieux tels l'ombudsman, le réexamen interne des décisions ou des mesures d'ordre intérieur.

Les régimes juridiques n'existent pas en vase clos. Les structures et les règles juridiques ont des effets économiques et sociologiques importants. Ces effets doivent être étudiés, et des critères doivent être formulés pour décider de l'opportunité d'autres solutions en droit administratif. Les méthodes et concepts de disciplines connexes, telles la science politique, l'économie, la sociologie et la science administrative, peuvent servir à mieux comprendre le droit administratif.

# CHAPITRE UN

# La situation actuelle

## I. La conception traditionnelle du droit administratif

### A. Origine et description

Au Canada, les principes du droit administratif ont été définis en grande partie par les juges. En d'autres termes, le droit administratif est surtout considéré comme la somme des décisions rendues par les tribunaux dans le cadre du contrôle judiciaire de la légalité de l'action administrative.

En général, on attribue la paternité de cette approche dominante à Dicey, auteur de *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10e éd., Londres, MacMillan, 1959), ouvrage publié pour la première fois en 1885. Si l'antiétatisme phobique du crédo libéral énoncé au dix-neuvième siècle par Dicey a été largement abandonné, les éléments fondamentaux que ce dernier a formulés quant à la nature du principe de légalité, sont encore révérés comme le fondement même de notre démocratie politique. De même, l'affirmation de Dicey selon laquelle l'existence d'un ensemble de règles de droit distinct pour régir l'Administration et ses rapports avec le public est «tout à fait étrangère» et «fondamentalement incompatible» avec nos traditions de common law, est encore largement admise, presque considérée comme une évidence. Pour Dicey, l'Administration n'est rien d'autre que la somme de ses membres qui, comme les autres citoyens, sont tous assujettis au droit commun. De même, les tribunaux chargés d'interpréter et d'appliquer l'ensemble de ce droit commun sont aussi investis de la mission de le faire observer par les membres de l'Administration.

Le rejet de l'idée même d'un droit spécial, dont les règles seraient interprétées et appliquées par une juridiction distincte, sert encore de fondement à la conception dominante du droit administratif. En résumé, cette vision nie l'existence du «droit administratif» et se borne à définir son objet par la simple application du droit commun aux litiges qui peuvent opposer l'État et l'individu.

La conception dominante ne reconnaît pas l'existence de l'Administration en tant qu'entité juridique distincte. Pourtant, de par nos traditions juridiques, l'Administration jouit de privilèges et d'immunités importants, ce qui, dans les faits, soustrait la plupart des activités de l'Administration à l'application du droit commun, contrairement à la

conception de la légalité avancée par Dicey. En outre, le souci de corriger les erreurs administratives sur la base de griefs individuels empêche souvent la réalisation d'objectifs publics souhaitables élaborés démocratiquement.

## B. L'obsession du contrôle judiciaire

On aurait tort de voir dans notre analyse de la conception traditionnelle du droit administratif au Canada un quelconque rejet du contrôle judiciaire de l'action administrative en tant qu'élément fondamental du droit administratif. Nos critiques manifestent simplement un sentiment de frustration devant l'importance exagérée accordée au contrôle judiciaire par la doctrine et la pratique. L'évaluation de bien d'autres problèmes s'impose et doit contribuer à la modernisation du droit administratif au Canada. Il est grand temps de retenir une perspective plus globale et plus évolutive de ce que devrait être l'objet du droit administratif.

On ne peut assigner un rôle au contrôle judiciaire sans d'abord comprendre comment le droit conditionne et contrôle l'action administrative. En assujettissant les prérogatives de la Couronne au contrôle judiciaire, l'arrêt *Operation Dismantle* c. *R.*, [1985] 1 R.C.S. 441, montre que le droit occupe désormais une place centrale au sein de l'action administrative. Comme la complexité institutionnelle croissante de l'État affaiblit de plus en plus les théories traditionnelles de la responsabilité politique de l'Administration devant le Parlement, il faut s'interroger sur l'élargissement possible de cette responsabilité grâce à d'autres mécanismes.

Deux points sont à considérer ici. D'une part, on peut chercher à apprécier la portée réelle et potentielle du contrôle judiciaire. Cette approche privilégie les voies de recours, ainsi que le pouvoir des tribunaux de structurer ou de restructurer l'action administrative. D'autre part, l'assujettissement de l'action administrative au droit suppose beaucoup plus que du contrôle judiciaire. Cette approche globale met en lumière la nécessité de soumettre plus étroitement l'Administration au droit, mais également la nécessité d'étendre le cadre d'une responsabilité de type juridique. En effet, un contrôle de type juridique dépasse le contrôle judiciaire pour inclure davantage des régimes exigés par la Constitution et fondés sur la loi des règlements et des mesures d'ordre interne. La réforme du cadre de la décision administrative peut donc être envisagée sans égard aux solutions aléatoires de recours judiciaires, et le droit régir l'organisation de l'État conformément aux exigences fonctionnelles d'une bonne administration. Avec une telle approche, le contrôle judiciaire demeure le mécanisme de contrôle final de l'action administrative.

Tout en reconnaissant leur contribution, il est illusoire de s'attendre à ce que les tribunaux assument la responsabilité première de réévaluer globalement le droit administratif. La nature même de la fonction du juge limite sa capacité de proposer des réformes. Saisis de façon ponctuelle de situations précises, les tribunaux ne peuvent que trancher des litiges. Les affaires soumises à leur contrôle ne représentent souvent que des problèmes marginaux qui ne permettent pas de saisir les lacunes structurales d'un système.

## II. Les lacunes de l'approche traditionnelle

Selon l'approche traditionnelle fondée sur une conception essentiellement antagonique des rapports Administration/administrés, le droit se résume à un système de contrôle négatif. Cette approche insiste sur le caractère externe de la révision judiciaire, considérée comme un mécanisme de contrôle négatif intervenant a posteriori. Dès lors, la compréhension de la continuité du processus administratif est faussée par la polarisation sur le particulier et le pathologique au détriment du général et du normal. Plus particulièrement, cette conception empêche de saisir comment le droit structure l'Administration et l'État. Il se peut qu'une telle approche ait été satisfaisante au dix-neuvième siècle dans le contexte particulier de l'Angleterre libérale de Dicey, mais elle est absolument inadaptée de nos jours.

### A. Le déclin de la responsabilité ministérielle

Dans la tradition de common law, l'Administration doit en principe répondre de ses actes devant le Parlement par le jeu de la responsabilité ministérielle. Comme cette dernière est considérée comme un moyen convenable d'assurer la responsabilité politique de l'Administration, il n'apparaît donc pas nécessaire de prévoir un droit spécial pour contrôler l'action administrative. Les administrateurs, comme tous les particuliers, sont assujettis au droit commun. Ainsi, la tradition juridique anglaise exclut l'existence d'un corps spécial de règles de droit pour structurer et contrôler l'action administrative.

Aujourd'hui, les mérites de cette solution dépendent beaucoup de l'efficacité pratique de la responsabilité ministérielle comme mécanisme de contrôle de l'Administration. Nous ne voulons pas nous lancer dans de longs développements sur la situation de cette doctrine au Canada. Plusieurs ouvrages ont déjà été consacrés à la question. Il suffira de dire que sur le plan pratique, il y a tout lieu de croire que le principe de la responsabilité ministérielle, toujours central dans la théorie constitutionnelle, n'est pas dans une situation brillante.

Réformer le droit administratif afin qu'il puisse répondre aux besoins de la société contemporaine exige que l'on réexamine la validité des principes constitutionnels à la base de la conception actuelle du droit administratif. Il est impossible de se prononcer immédiatement sur les solutions à envisager suite à un tel réexamen. Cependant, il importe de trouver des solutions. Le droit administratif doit être modifié pour tenir compte de l'évolution des rapports entre le Parlement et l'Administration. Bien plus, il faut renverser ce déclin de la responsabilité parlementaire de l'Administration pour que la pratique puisse coïncider avec la théorie constitutionnelle, ou créer alors de nouveaux mécanismes assurant la responsabilité de l'Administration.

## B. La croissance de l'État administratif

Les réalités de l'art de gouverner en cette fin de vingtième siècle sont très différentes des conditions plus ou moins élémentaires d'autrefois. On ne saurait réformer le droit administratif sans tenir compte d'au moins trois dimensions essentielles de la gouverne moderne.

(1) Après des débuts modestes en 1867, la bureaucratie fédérale est devenue le vaste complexe administratif que nous connaissons aujourd'hui. La dynamique institutionnelle de cette Administration est totalement négligée dans la conception traditionnelle.

(2) L'activité du gouvernement fédéral s'est multipliée et diversifiée au point où elle englobe presque tous les aspects de notre vie, du contenu des programmes de télévision et des normes en matière d'étiquetage des produits alimentaires jusqu'aux critères d'attribution des prestations de la sécurité sociale, telles l'assurance-maladie ou l'assurance-chômage. La conception traditionnelle, fondée sur des rapports antagoniques entre les individus et l'État, ne tient aucunement compte de l'importance de la dépendance croissante des particuliers à l'égard de l'activité et des services de l'État, de même que de ses effets sur le plan juridique.

(3) Les techniques de l'action administrative, c'est-à-dire les moyens par lesquels l'État réalise ses objectifs publics, sont beaucoup plus raffinées et complexes que ne l'envisage la conception traditionnelle qui suppose que le gouvernement se contente d'édicter des normes par la loi ou des règlements avec des pénalités pour en réprimer la violation. Comme nous l'avons fait remarquer dans notre document de travail n° 51 (CRDC, 1986), les prescriptions coercitives ne touchent qu'une partie des relations Administration/administrés. Les moyens d'action de l'Administration, telles les incitations fiscales, les subventions et la négociation de délais pour l'observation des normes, qui dans leur ensemble infléchissent directement les rapports juridiques entre les particuliers et l'État, débordent largement le cadre traditionnel du droit administratif. Si la diversité des formes de l'action administrative n'est *pas* nouvelle, la méconnaissance de cette réalité dans la conception classique du droit administratif devient gênante à mesure que s'élargit cette action.

La conception traditionnelle du droit administratif est inspirée du libéralisme économique du dix-neuvième siècle où l'État ne jouait qu'un rôle limité. Selon cette idéologie, l'État apparaît surtout comme l'arbitre des forces sociales et l'autorité créatrice de règles juridiques destinées à assurer l'organisation générale de la vie sociale. Il exerce les pouvoirs de police mais son champ d'action est restreint par une philosophie d'intervention limitée. Les règles adoptées par le Parlement sont appliquées d'abord par les tribunaux. L'adaptation qui s'impose, de même que les modifications sociales, est laissée, pour l'essentiel, à l'initiative privée. Le trait dominant de cette idéologie est le rejet de l'idée que l'Administration puisse constituer une force motrice dans le maintien de l'ordre social.

Une telle conception a le défaut de ne pas traduire l'élargissement considérable des fonctions de l'État fédéral au Canada. Depuis ses débuts, l'activité du gouvernement fédéral est de nature interventionniste. Ceci est incompatible avec l'idéologie qui fonde la conception classique du droit administratif. L'Administration fédérale est devenue un instrument majeur d'adaptation, de changement et de contrôle social. Les niveaux fédéral et provinciaux de gouvernement ont répondu aux besoins et aux aspirations par une gestion et une organisation actives de la société.

Ce changement dans la compréhension des missions de l'État a des conséquences considérables sur le droit administratif. La reconnaissance de l'intensification des interventions de l'État nécessite l'élaboration de nouvelles solutions. L'État administratif moderne a une vie et une volonté propres et ce fait doit être reconnu et compris pour assurer sa soumission au principe de légalité.

## C. L'autonomie politique de l'Administration

Selon la théorie classique de la démocratie, les choix politiques sont transformés en objectifs sociaux après avoir été débattus dans le cadre d'un processus politique. Au préalable, les partis politiques ont dû lutter pour la conquête provisoire du Pouvoir. Cependant, comme les spécialistes des sciences administrative et politique le reconnaissent depuis longtemps, l'Administration joue dans l'État moderne un rôle de premier plan. Ce rôle ne se résume pas à la simple application des objectifs publics mais inclut aussi leur conception et leur élaboration mêmes. Par exemple, maintes initiatives réglementaires sont le fruit d'initiatives propres d'une Administration dont l'action n'est pas nécessairement dépendante de pressions politiques. Il se peut même que les politiciens et le public ignorent jusqu'à l'existence du problème dont la solution exige une action de réglementation. Les motifs de ces initiatives administratives sont variés et complexes; ils vont de l'engagement social et du service au public, jusqu'à la construction d'empires personnels ou la création égoïste de privilégiatures. Nous n'aborderons pas ici les raisons qui expliquent le comportement et le fonctionnement de l'Administration. Toutefois, le fait que cette autonomie de l'État administratif moderne ne soit pas abordée ni même reconnue dans la conception traditionnelle du droit administratif, laisse songeur. Il serait utile de prévoir des mécanismes pour rendre l'Administration davantage responsable de l'orientation qu'elle exerce sur les objectifs publics.

L'Administration formule et applique constamment des règles. Dépourvues de caractère réglementaire, ces règles n'en gouvernent pas moins son activité. Un tissu particulièrement dense de normes encadre le fonctionnement interne de la plupart des institutions fédérales. Ces normes peuvent être formulées dans des circulaires, des directives, des instructions, des notes, des manuels, etc.; leur appellation varie selon les institutions. Bien que ces règles aient un caractère impératif au sein des différentes institutions, elles ne relèvent pas du cadre formel de la réglementation officielle et n'ont, en principe, aucun caractère obligatoire hors du cadre de l'institution, même lorsqu'elles conditionnent une décision visant des tiers. Néanmoins, ces normes internes

concernent directement le public. Le droit administratif devrait prévoir des moyens de contrôle de leur élaboration et de leur application.

De même, le droit administratif doit pouvoir tenir compte des divers moyens par lesquels l'Administration atteint les objectifs publics, peu importe que ceux-ci soient fixés par la voie du processus politique ou par l'Administration elle-même. À l'heure actuelle, il existe peu de normes ou de procédures à caractère juridique pour régir de vastes domaines de l'action administrative, tels le recours aux incitations financières ou l'appréciation de l'opportunité d'intenter des poursuites. Il n'est peut-être pas souhaitable d'adopter une attitude trop légaliste à ce sujet, mais il importe d'étudier la nature et le fonctionnement de l'Administration afin que le droit administratif coïncide mieux avec les besoins actuels.

# CHAPITRE DEUX

## Le défi du renouveau

La réforme du droit administratif peut être menée sur divers plans. D'abord, à un niveau élémentaire, le changement le plus significatif proviendra des attitudes nouvelles chez les divers intervenants. Les administrateurs doivent admettre l'utilité d'un meilleur encadrement juridique de leurs activités. Les administrés et leurs procureurs doivent être davantage soucieux des objectifs publics légitimes qui fondent l'action administrative, ne serait-ce que pour reconnaître que leurs rapports avec l'Administration ne sont pas forcément antagoniques. Les juges responsables en dernier ressort du contrôle de l'activité administrative doivent être sensibilisés à la nature nouvelle des rapports Administration/administrés. Ils devraient user de leur autorité avec modération, tout en demeurant vigilants pour protéger les libertés individuelles, mais en tenant compte aussi de la nature de l'action administrative ou des objectifs publics à atteindre.

Cependant, ces changements d'attitude ne suffiraient pas pour assurer la réalisation de réformes indispensables en droit administratif. Seul le Parlement est en mesure de prendre certaines initiatives. Il est cependant nécessaire de laisser aux administrateurs une grande latitude dans l'application de la législation car il est impossible d'édicter des règles précises pour résoudre tous les problèmes. Le législateur devrait néanmoins préciser davantage les objectifs publics qu'il entend réaliser dans chaque texte législatif et, si possible, formuler des lignes directrices ou des normes générales pour l'application de ces objectifs.

Bon nombre des réformes nécessaires à cette adaptation du droit administratif aux besoins actuels exigeront des interventions législatives. Avec la prolifération des institutions administratives et des régimes législatifs spéciaux, le droit administratif n'a plus grand chose à voir avec la vénérable doctrine de common law. Il incombe au Parlement d'effectuer les réformes législatives nécessaires dans ce domaine.

La Commission de réforme du droit du Canada peut et devrait jouer le rôle de catalyseur en ce qui concerne les changements d'attitude et les réformes fondamentales qui devront en définitive être effectuées par la voie législative. Cette tâche, la Commission ne peut toutefois pas l'accomplir isolément. La réforme du droit administratif exige la conjugaison des efforts des juristes aussi bien que ceux des administrateurs et des spécialistes des sciences sociales, telles la science politique, la science administrative et l'économie. Cette réforme mérite aussi une réorientation de la pensée des avocats et des juges qui devraient admettre les limites du contrôle judiciaire et devraient se préoccuper davantage de la dynamique du processus administratif.

On ne saurait réformer le droit administratif sans tenter de concilier les valeurs des juristes et celles des administrateurs. Défini de façon succincte par John Willis ((1968) 18 U.T.L.J. 351), le problème réside dans le fait que les avocats, imprégnés d'une philosophie qui vise à limiter les atteintes portées par l'État aux libertés individuelles, sont souvent hostiles aux objectifs sociaux qui orientent l'action administrative. Les avocats ont tendance à ne considérer l'action administrative que du seul point de vue de l'individu isolé affecté dans ses droits, souvent sans se soucier des objectifs de redistribution qui conditionnent l'approche des administrateurs. Malgré la prépondérance des valeurs des avocats dans un droit administratif qui privilégie le contrôle judiciaire, les divergences de valeurs ont eu des effets négatifs. Avec la croissance de l'État administratif, une bonne partie de l'activité administrative qui aurait dû normalement être soumise au droit, déborde les frontières du droit administratif actuel.

## I. Pour un nouveau droit administratif

La conception traditionnelle du droit administratif insiste surtout sur l'aspect «contrôle». Ce droit est considéré comme un mécanisme permettant aux particuliers lésés de contester l'action administrative et de demander réparation devant les tribunaux. Dans cette optique, le droit administratif circonscrit l'action administrative et réprime des abus de pouvoir. Ainsi appliqué à l'action administrative, le common law n'a pour objet que les abus dont sont victimes des individus. Cette préoccupation reste valable, mais elle ne saurait résumer le droit administratif.

Le droit administratif a deux fonctions. Il englobe l'ensemble des règles relatives aux droits et obligations de l'Administration, ainsi que les rapports de cette dernière avec ceux qui sont visés par son action. Malgré son caractère évident, la chose n'en représente pas moins un changement de perspective fondamental en droit administratif.

Le droit administratif doit s'imposer comme le droit du fonctionnement de l'Administration. L'action administrative devrait être davantage encadrée par le droit. La première étape vers l'élaboration d'un droit administratif capable de régir convenablement toute l'activité administrative consiste à reconnaître que les fonctions de l'Administration sont, d'une part, d'organiser et de définir ses fins et ses moyens et, d'autre part, de matérialiser les rapports État/individus. L'organisation et l'exécution des missions administratives peuvent et doivent être régies par le droit administratif. De même, notre droit administratif devrait clarifier les effets juridiques des diverses formes d'actes administratifs; il devrait définir de quelle manière et à quel moment ces actes modifient les droits et obligations des individus visés. Parmi les questions à examiner de façon méthodique, il faut retenir les suivantes :

— En quoi consiste, en droit, une décision administrative; comment la distinguer d'un acte qui n'est pas tout à fait une décision administrative ou d'un acte qui ne constitue pas une décision?

— Comment établir une distinction en droit entre les différents types d'actes administratifs (contractuel, unilatéral ou mixte)?

— Quelle valeur normative attribuer aux directives administratives formulées dans les bulletins d'interprétation et les manuels de gestion, lesquels déterminent l'action administrative mais semblent être inférieurs aux règles formelles?

— Quelles exigences procédurales devraient être imposées aux administrateurs dans l'exercice de leurs différentes fonctions (élaboration de règles, prise de décisions, formulation d'objectifs publics, répartition des ressources publiques)?

— Dans quelle mesure l'activité des administrateurs en matière d'application des objectifs publics (la négociation, les incitations, l'inspection, les poursuites) devrait-elle être soumise à des règles ou à des normes juridiques?

— Quand et par quel moyen un particulier intéressé peut-il demander la révision d'un acte administratif?

La conception traditionnelle postule que le droit administratif n'est que le droit privé appliqué dans le contexte de l'action administrative dont l'originalité intrinsèque n'est pas perçue. Plusieurs principes fondamentaux propres au common law et même ceux de nombreux textes législatifs ont pour origine le cadre des rapports privés entre individus. Souvent, les concepts et les principes du droit privé sont inadaptés à la nature des problèmes rencontrés en droit public. La responsabilité délictuelle de la Couronne, par exemple, est analysée à la lumière des mêmes règles qui déterminent la responsabilité entre particuliers. Le recours au droit privé permet souvent à l'État d'être exonéré dans des cas où l'intérêt général voudrait que sa responsabilité soit retenue.

Le droit administratif doit permettre de saisir la nature spéciale de l'acte administratif. Par nature, ces actes ont une dimension *publique* parce qu'ils sont le fait de l'appareil administratif de l'État. Contrairement aux individus, ce dernier a le pouvoir d'imposer sa volonté unilatéralement. En matière d'action administrative, le droit n'exige pas l'adhésion des parties intéressées comme c'est généralement le cas dans les rapports entre personnes privées. Ceci n'exclut pas que l'Administration puisse poursuivre une activité commerciale consensuelle qui ne devrait pas être régie par le droit administratif. Cependant, dans les cas où l'Administration est investie du pouvoir ultime de modifier unilatéralement les droits et les obligations des individus, des règles spéciales sont nécessaires pour organiser et contrôler l'exercice de ce pouvoir. L'une des fonctions essentielles du droit administratif est d'offrir un tel régime. Cette caractéristique du droit administratif, en tant que droit de l'action de l'État, le distingue des autres branches du droit.

Pour que le droit administratif puisse s'acquitter de cette fonction, l'analyse doit porter surtout sur le contenu matériel, plutôt que sur la forme, des actes administratifs. La conception actuelle est trop polarisée sur les questions de forme. Ainsi, la classification quasi judiciaire d'une fonction repose sur l'analyse des formalités procédurales au détriment des questions de fond propres à la décision. Le droit administratif doit être développé pour évaluer les actes administratifs en fonction de leur impact réel sur la situation juridique des intéressés, plutôt que de rechercher leur degré de conformité à une forme prédéterminée.

Les réalités du fonctionnement de l'État administratif entraînent l'inégalité des rapports Administration/administrés. Des règles spéciales propres au droit administratif peuvent être nécessaires pour corriger ce déséquilibre et protéger les libertés individuelles. Il ne faut pas oublier que dans le monde occidental, le droit administratif est traditionnellement orienté vers la protection des droits et libertés individuels par le biais du contrôle judiciaire de l'action administrative. À ce titre, ce droit s'impose comme un droit libéral pour la société et constitue à bien des égards l'une des manifestations fondamentales de la démocratie. Ce caractère libéral du droit administratif doit être reconnu et préservé dans toute nouvelle réforme.

La nécessité d'élaborer un ensemble distinct de règles de droit administratif ne requiert pas forcément la création de tribunaux spécialisés. Certains défenseurs du common law n'en verront pas moins dans notre analyse une manœuvre hérétique en vue d'emprunter sournoisement des concepts européens étrangers à notre système. Cependant, à cette étape préliminaire, nous n'affirmerons pas que l'approche continentale conviendrait mieux pour régler les difficultés actuelles. Nous faisons simplement remarquer que s'il faut adapter le droit administratif aux réalités de l'État moderne, il est impérieux de soulever certaines questions fondamentales et de ne pas refuser de voir les conséquences pratiques qui en découleront.

## II. Les prémisses du renouvellement

Comme nous l'avons déjà fait remarquer, une réforme du droit administratif devra refléter l'existence de l'État à titre d'entité juridique distincte. En tant que fiction constitutionnelle, la Couronne ne peut adéquatement représenter l'État. Le droit administratif doit également être réévalué pour tenir compte des nouvelles dispositions impératives de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Compte tenu du caractère intrinsèquement libéral du droit administratif, cette réforme doit conduire à une démocratisation des rapports État/individus. Ces trois questions vont successivement être reprises en détail.

### A. L'existence de l'État

Nous avons critiqué la conception traditionnelle parce qu'elle ne reconnaît pas l'État en tant qu'entité juridique distincte. L'«État», il faut le reconnaître, est une fiction utile pour faire des distinctions. Bien que distinct de la société civile, l'État représente l'autorité suprême. L'autorité et le pouvoir de l'État, tout comme l'obéissance de ses sujets, procèdent de la loi. L'État est un faisceau de pouvoirs juridiques. Par conséquent, les rapports État/individus doivent être analysés en fonction des effets de l'action étatique sur les droits et les obligations individuels.



Il importe de reconnaître que l'État a une double mission. D'une part, l'État possède une fonction négative en contraignant l'activité privée par diverses prohibitions et prescriptions et, d'autre part, exerce une fonction prestataire. La dynamique du droit peut varier considérablement en fonction de l'une ou l'autre de ces missions. Les règles du droit administratif doivent refléter ces deux missions et offrir aux individus des garanties juridiques suffisantes.

L'échec de la conception dominante dans sa négation de l'État en tant qu'entité distincte, est aggravé par une méconnaissance du nombre et de la diversité des modèles décisionnels au sein de l'Administration fédérale. L'approche traditionnelle divise les administrateurs entre ceux qui agissent en qualité d'«administrateurs» et ceux qui agissent en qualité de «juges». Selon cette approche, tous ceux qui travaillent au sein d'un ministère agissent de manière administrative. Pour ceux qui opèrent en dehors du cadre traditionnel du ministère, les critères de classification sont tout à fait obscurs. De plus, l'approche traditionnelle n'arrive pas à distinguer correctement le caractère industriel et commercial de certaines activités des administrateurs.

La complexité grandissante de la gouverne rend plus floue la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire). La diversité des institutions et de leurs activités défie toute tentative de classification. Le régime parlementaire suppose implicitement l'absence de séparation absolue du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. L'indépendance du pouvoir judiciaire est consacrée par le statut des tribunaux. Toutefois, des fonctions «judiciaires» sont également exercées en dehors du cadre des tribunaux par le pouvoir exécutif. Il reste à décider si l'indépendance du pouvoir judiciaire, garantie par la Charte, fait obstacle à l'exercice de fonctions «judiciaires» par le pouvoir exécutif, ou si elle nécessite une séparation plus nette des «organismes juridictionnels» et du pouvoir exécutif.

Parmi les questions complémentaires, nous devons évaluer l'impact sociologique de régimes juridiques sur la société civile. Cette question, qui ne relève peut-être pas directement du droit administratif, devra pourtant être examinée si nous voulons élaborer un droit administratif adapté aux besoins actuels. Les règles et les procédures d'un système juridique produisent parfois des effets pervers sur le comportement et les aspirations des intéressés. Notre approche du droit administratif devrait tenir compte de ces effets déformants des régimes juridiques pour tenter d'introduire des mécanismes correctifs lorsque cela est possible. À ce stade préliminaire, la solution ne s'impose pas d'elle-même. Nous voulons simplement signaler que l'examen de ce problème fait partie de la modernisation du droit administratif.

La plus importante conséquence de la croissance de l'État administratif, ou plus précisément de l'État-providence, est peut-être la dépendance grandissante des individus à l'égard de l'État. L'amélioration générale du bien-être matériel dans notre société est perçue comme l'une des réussites de la démocratie capitaliste. Toutefois, la dépendance grandissante du public à l'égard des initiatives de l'État peut affecter profondément la démocratie, surtout si le droit n'arrive pas à rectifier l'inégalité fondamentale qui oppose l'Administration et les administrés sur le plan juridique et économique.

Le droit doit également reconnaître un statut juridique satisfaisant aux individus visés par l'action administrative. À titre d'usagers de service public et d'administrés assujettis aux réglementations étatiques, ils possèdent certains droits et obligations qui devraient être clairement définis en droit administratif. Ainsi, des recours et garanties satisfaisants pourront maintenir des rapports équilibrés entre l'État et les individus.

Pour satisfaire des impératifs de gestion dans l'État administratif, l'organisation et la technique peuvent conduire à négliger les objectifs publics, les principes juridiques et les valeurs sociales. La bureaucratie fédérale a réussi de façon inégale à maîtriser la complexité grandissante de l'art de gouverner. Le droit doit aider à maintenir l'Administration responsable des méthodes qu'elle utilise pour exécuter des programmes.

## B. Les impératifs de la Charte

L'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982* (édictée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R.-U.) 1982, chap. 11), et notamment de la Charte, a consacré des principes généraux qui, comme ceux de la légalité, de la proportionnalité et de l'égalité, auront des effets directs sur l'action administrative. La Charte «conscientise» davantage le public sur la nécessité de meilleures garanties juridiques. Les conséquences de ces nouvelles orientations devront être clairement comprises par le Parlement avant d'introduire de nouvelles réformes en droit administratif fédéral.

À cette étape, on ne saurait prédire l'orientation que la Charte imprimera au droit administratif au Canada. Nous avons déjà indiqué que la difficulté de la réforme consiste à trouver un point d'équilibre entre les valeurs administratives et les valeurs du droit. Cependant, cette recherche d'un certain équilibre pourrait déjà être périmée. Sous réserve de l'article 33, la Charte peut être invoquée pour faire triompher une approche individualiste sur la dimension collective de toute intervention de l'État. De ce point de vue, la Charte accentue le rôle du droit dans la légalisation et la consécration de certaines valeurs libérales relatives aux rapports État/société. Cette orientation peut bloquer la reconnaissance des valeurs et principes de l'action administrative et nous ramener ainsi à la vieille notion de l'État non interventionniste.

Cependant, il n'est pas inéluctable que la Charte serve à ramener l'État à son rôle traditionnel de législateur et d'arbitre. Les impératifs sociaux qui ont conduit à l'État administratif ne s'évanouissent pas simplement par le jeu d'une doctrine constitutionnelle. Les principes inscrits dans la Charte devront déboucher sur des solutions innovatrices afin de s'adapter aux réalités de l'État administratif. Ce nouvel ordre normatif requiert que toutes les actions de l'État et les règles du droit administratif soient justifiées. Ces actions et ces règles sont désormais susceptibles de faire l'objet d'une évaluation judiciaire à la lumière des principes et valeurs consacrés sur le plan constitutionnel par la Charte.

La tradition judiciaire d'un contrôle minimum sur la fonction de police de l'Administration, ne peut qu'évoluer sous l'impulsion de la Charte. Il s'agit d'une étape



positive pour la modernisation du droit administratif canadien, à condition que le contrôle judiciaire demeure sensible aux impératifs de l'État administratif.

Jusqu'à tout récemment, l'État n'avait pas à justifier ses interventions devant les tribunaux. Comme l'a démontré l'arrêt *Hunter* c. *Southam* ([1984] 2 R.C.S. 145) depuis l'avènement de la Charte, le maintien de l'équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la société dépend de l'appréciation souveraine des tribunaux. Un contrôle judiciaire plus poussé de l'action étatique et administrative remplace maintenant le contrôle minimal exercé sur la fonction normative de l'État. Cette évolution laisse peut-être présager un développement du droit administratif semblable à celui que nous proposons. La nouvelle approche proposée dans ce document pourra éventuellement guider les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir de surveillance. Toutefois, son utilité dépend de la réalisation urgente de recherches pour clarifier la nature des fonctions administratives et des rapports Administration-administrés.

## C. L'objectif de démocratisation

Paradoxalement, l'approche traditionnelle du droit administratif, pourtant si soucieuse de la protection des libertés individuelles contre toute intervention abusive de l'État, demeure étrangement silencieuse sur le droit des administrés de participer au processus administratif. Parce que cette approche rejette l'idée de l'existence de l'Administration en tant qu'entité juridique distincte, elle néglige les problèmes fondamentaux entraînés par l'infériorité juridique et économique des individus dans leurs rapports avec l'État.

Comme nous l'avons déjà fait observer, le droit administratif devrait être une manifestation fondamentale de la démocratie dans notre société. La démocratie implique davantage que le simple droit d'invoquer la loi contre les abus du Pouvoir. Elle suppose également la reconnaissance d'un droit positif de participer à l'élaboration des objectifs publics et d'influer sur les actions administratives.

En termes concrets, cette démocratisation pourrait inclure le droit d'être informé en temps opportun des initiatives administratives, et également le droit de présenter des observations sur les effets probables des interventions administratives. L'Administration pourrait être soumise à certaines obligations à l'égard des administrés, notamment celle de motiver ses décisions et d'assurer la transparence et l'imputabilité du processus décisionnel. En général, nous estimons qu'il importe de simplifier la procédure administrative et d'en augmenter l'efficacité, tout en réduisant les coûts de participation des individus.

Dans une certaine mesure, ces objectifs du droit administratif sont couverts par les règles de justice naturelle et par l'obligation d'équité procédurale imposées à l'Administration. Toutefois, dans le système actuel, le respect de l'équité ou d'autres exigences n'est garanti que par un contrôle judiciaire dont le coût est beaucoup trop élevé pour la majorité des individus. Même lorsqu'il s'adresse aux tribunaux, le

requérant est désavantagé par le déséquilibre complet entre les parties et par la complexité des privilèges et immunités de l'Administration. Au chapitre du droit substantif, des correctifs pourraient être introduits. Par exemple, lorsqu'un dommage résulte d'une mesure administrative prise dans l'intérêt général, il peut être nécessaire de rectifier l'inégalité entre l'État et les individus en accordant une indemnité fondée sur l'idée d'une juste répartition des charges publiques, plutôt que sur la notion de faute empruntée au droit privé.

# CHAPITRE TROIS

# L'approche conceptuelle

Afin de présenter une vision cohérente du droit administratif, nous l'avons divisé en fonction de thèmes que l'on retrouve en droit allemand, américain ou français : le statut juridique de l'Administration, les moyens de l'action administrative, l'organisation de l'Administration et, enfin, le contrôle.

Cette présentation n'entend pas fermer la porte à des approches multidisciplinaires. Par exemple, il serait intéressant de faire une analyse économique de la responsabilité délictuelle de l'Administration, ou encore, d'entreprendre une analyse sociologique des rapports Administration/administrés. Les quatre grands thèmes retenus permettent de présenter de manière ordonnée une matière extrêmement vaste.

## I. Le cadre thématique

### A. Le statut juridique

Au Canada, il n'y a pas de lien entre le statut juridique des divers organes administratifs fédéraux et leurs différentes fonctions. Au lieu d'envisager l'Administration comme un ensemble d'institutions conçues pour exécuter des missions précises dans un État moderne, la théorie traditionnelle ne réfère qu'à la Couronne. Ce monolithe conceptuel, hérité de l'Angleterre médiévale, ne reflète plus la situation du Canada moderne. La Couronne est distincte de l'État. Elle ne recouvre pas toute l'activité administrative car bon nombre d'organes gouvernementaux, tels les organismes de réglementation, les entreprises publiques et d'autres institutions, ne font pas partie de l'appareil d'État identifié à la Couronne.

Le statut juridique suppose certains droits et obligations qui peuvent varier selon l'entité concernée. Un statut qui n'obéit qu'à des critères historiques sans aucun rapport avec l'appareil administratif moderne, son organisation, de même que les fonctions réelles de ses diverses composantes, peut *de facto* empêcher le développement et l'utilisation du droit administratif pour encadrer et organiser l'action administrative. Pour que les institutions administratives exécutent efficacement les tâches que leur a confiées la société, il importe d'harmoniser leur statut juridique, notamment leurs privilèges et leurs immunités, avec leurs besoins fonctionnels.

Il est impossible d'appréhender le statut juridique de l'Administration fédérale sans identifier les véritables bénéficiaires des immunités et privilèges reconnus à la Couronne

et sans comprendre leurs conséquences pratiques dans le contexte de l'action administrative. La conception actuelle du droit administratif n'offre aucun élément pour déterminer quelles institutions et fonctions font véritablement partie de l'Administration fédérale. Malgré ses limites imprécises, cette Administration fédérale jouit de divers privilèges et immunités dont l'application souvent inégale et sans logique apparente la discrédite aux yeux de certains. Le droit administratif devrait énoncer des critères permettant d'identifier les institutions qui font partie de l'Administration fédérale et de définir les privilèges et immunités nécessaires à l'accomplissement de leurs fonctions. Ces deux questions doivent être abordées en modernisant le droit administratif.

## B. Les procédés, la procédure administrative et les moyens d'action

De manière générale, la décision administrative obéit-elle à des règles de fond et de procédure? Ces règles devraient-elles être uniformes? Ces questions soulèvent un point encore plus fondamental quant au rôle du droit. En admettant que le droit permet de structurer, comment se rattache-t-il, sur le plan du contenu et de la procédure, à l'élaboration des décisions?

Le problème d'un juste équilibre entre le droit et le pouvoir discrétionnaire n'a rien de nouveau. Les tenants de vues plus simplistes pourraient soutenir qu'il y a opposition entre droit et discrétion. Le dilemme ne consiste pas à choisir entre la soumission de l'action administrative à un contrôle juridique formalisé, et l'appréciation discrétionnaire des administrateurs. Il s'agit de trouver le dosage approprié à chaque situation.

De plus, il convient d'examiner les moyens utilisés par l'Administration fédérale pour remplir ses missions, de même que les liens unissant la prise de décision et la procédure. La décision se définit d'abord par son contenu matériel, c'est-à-dire ce qui est décidé. L'élaboration d'une décision suppose un processus à l'issue duquel des mesures sont choisies. La décision recouvre l'acte individualisé, mais sans s'y confondre; en pratique, elle est généralement prise pour créer et appliquer des normes. La décision dérive d'une volonté juridique ou d'un pouvoir d'agir. La nature de la décision administrative et les exigences d'ordre procédural relatives à son élaboration n'ont pas été suffisamment évaluées dans l'approche traditionnelle du droit administratif. En fonction de quels critères peut-on assujettir une décision administrative à un processus décisionnel de type judiciaire, par opposition à d'autres types de procédures? Dans les cas où le modèle judiciaire est exclu, par quelles formalités peut-on satisfaire aux exigences de l'équité et de l'efficacité malgré la diversité des situations?

L'État fédéral dispose d'un vaste éventail de moyens d'action pour exécuter ses missions. Les objectifs publics et les décisions se concrétisent par divers procédés et procédures. Jusqu'ici, les pouvoirs judiciaires, législatifs et administratifs (sans oublier le public) ont privilégié l'arsenal des moyens coercitifs, telles la poursuite des infractions réglementaires et l'attribution de permis. Cependant, l'expansion de la fonction prestataire de l'État l'amène à utiliser davantage des moyens non coercitifs,

notamment les subventions, les incitations fiscales, les prêts sans intérêt ou à taux réduit et la persuasion. Le législateur, les juges et les administrateurs ne se sont pas suffisamment interrogés sur plusieurs aspects pratiques de ces techniques «efficaces», quoique non coercitives. Il en est résulté un fouillis fait de jugements contradictoires, de déficiences conceptuelles et de procédés et procédures improvisés.

Les techniques utilisées par l'Administration soulèvent des questions fondamentales dont plusieurs demeurent sans réponse. Dans quelle mesure la théorie actuelle reflète-t-elle adéquatement l'utilisation de mesures coercitives et de mesures non coercitives? Faudrait-il tirer de l'utilisation des mesures coercitives des analogies susceptibles d'expliquer et de structurer le recours à des mesures non coercitives? À quels régimes devrait-on soumettre ces deux types de mesures? Par exemple, les infractions réglementaires devraient-elles faire l'objet de procédures distinctes et être «jugées» par des organismes spécialisés? Les régimes juridiques sont-ils adaptés à la nature évolutive et contingente des relations Administration/administrés dans la mise en œuvre des objectifs publics?

Les garanties non contentieuses à la disposition des administrés n'ont pas fait l'objet d'études approfondies. La notion de procédure administrative non contentieuse n'est pas reconnue dans la théorie classique du droit administratif. Une charte législative destinée aux usagers de services publics pourrait constituer une première étape vers une réforme du droit dans ce domaine. En l'absence de recherches sur de telles questions, le cadre actuel demeurera insatisfaisant et coupé des réalités, incapable de satisfaire aux besoins des administrateurs et du public. La situation actuelle peut inciter les administrateurs et les intéressés à adopter des pratiques occultes. Obtenir gain de cause auprès de l'Administration exigera de connaître ces règles informelles. De telles pratiques discréditent l'action administrative et freinent le développement de sa cohérence, de sa transparence et de son caractère équitable. Elles peuvent également retarder la reconnaissance de l'importance du droit pour structurer l'Administration.

## C. L'organisation de l'Administration

Nous tenons pour acquis que l'organisation de l'État doit répondre aux exigences fonctionnelles d'une bonne administration. Même si les institutions et leurs pouvoirs relèvent du cadre général de la loi et du droit commun, il reste beaucoup à faire pour soumettre au droit l'activité administrative courante.

L'État remplit maintes fonctions au nom de la société. Il agit d'abord à titre d'autorité normatrice tout en dispensant des services. Pour exécuter la première mission, l'État élabore et applique la loi tout en prévoyant des mécanismes de résolution des conflits (par exemple les cours de justice). Il fournit également des biens et des services. Dans une autre perspective, on peut résumer les fonctions étatiques à l'élaboration et à la mise en œuvre des objectifs publics. Chacune de ces fonctions peut être évaluée à l'aide de critères courants. En matière de droit administratif, l'équité et l'efficacité sont les principaux critères d'évaluation de l'action administrative.

La doctrine fourmille d'études sur l'équité, surtout en ce qui concerne le contrôle judiciaire du processus décisionnel, peu importe qu'il s'agisse de tribunaux administratifs, de fonctionnaires ou d'organismes autonomes. L'efficacité devrait être approchée de manière plus globale. Elle suppose l'obligation de rendre compte d'un résultat puisqu'elle sert à mesurer le degré de réalisation de certains objectifs. En matière d'organisation administrative, l'efficacité englobe les grandes orientations tout comme les points mineurs. Cette question est liée au choix des institutions et, par conséquent, aux moyens d'action requis pour exécuter une fonction. Plus précisément, il s'agit de choisir entre un ministère, une entreprise publique ou un organisme indépendant pour accomplir une fonction précise ou certaines actions administratives. Par ailleurs, dans quelle mesure la mise en œuvre des objectifs publics peut-elle être confiée au secteur privé? Doit-elle relever uniquement d'institutions publiques? Quelles modalités d'organisation ces institutions doivent-elles adopter pour exercer correctement des pouvoirs juridiques?

De plus, lorsque la décision prise touche les droits et les obligations des individus, il faut sélectionner un processus et une procédure. Ce choix est lié au type d'institution retenu. En effet, il s'agit de savoir si des modèles organisationnels peuvent être définis. Par exemple, les autorités confient généralement la fonction de trancher les litiges à un organisme qui s'apparente à un tribunal plutôt qu'à une entreprise commerciale.

Le problème de la délégation de pouvoirs et des règles internes au sein des institutions administratives mérite également notre attention. La délégation de pouvoirs, au sens le plus large, peut s'effectuer au profit de parties privées, d'autres autorités ou fonctionnaires relevant de la même institution. Une délégation de ce type peut-elle se matérialiser sans moyens juridiques, sans conditions préalables, tel l'agrément, ou encore sans une formation précise ou autre qualification? Cette délégation devrait-elle être accordée à des personnes précises ou à une autorité investie d'un pouvoir de surveillance?

Les règles internes qui régissent le fonctionnement des institutions publiques appellent également une réforme. Ces règles touchent les individus et les entreprises privées dans leurs rapports avec l'Administration car elles fixent les conditions d'exercice des pouvoirs prévus par la loi, notamment des pouvoirs discrétionnaires. Dans certaines institutions, ces règles sont embryonnaires, alors que dans d'autres, règne le byzantinisme. Un examen approfondi des nombreux processus administratifs s'impose en vue de les rendre plus équitables et plus efficaces par un meilleur encadrement juridique.

## D. Les contrôles internes et externes

Pour des fins de clarification, les contrôles peuvent être regroupés en contrôles externes et contrôles internes. Traditionnellement, le contrôle judiciaire est perçu comme le moyen de contrôle par excellence de l'action administrative. Il représente un contrôle externe. En insistant sur une bonne exécution des tâches au départ et en

assignant au contrôle judiciaire un rôle correcteur situé à la fin d'un processus, une large place pourrait être accordée aux mécanismes de contrôle internes *au sein* de l'Administration. Il convient de retenir trois points. En premier lieu, le réexamen interne d'une décision doit être perçu comme une technique valable de correction des erreurs, à la fois pour les administrés et pour les administrateurs. En second lieu, les appels internes, ceux entendus par une autorité hiérarchiquement supérieure au premier décideur, peuvent constituer un mécanisme équitable de révision interne. Il faut également mesurer l'utilité d'autres techniques, tel le recours hiérarchique, pour corriger des erreurs et accorder réparation aux administrés. Des recours internes ou autres moyens de contrôle efficaces sont d'autant plus importants que le requérant doit en principe épuiser tous les recours avant de s'adresser aux tribunaux. En complétant un contrôle judiciaire dont la portée demeure forcément limitée, des contrôles internes vraiment efficaces n'excluraient pas l'utilité propre des contrôles externes. Jusqu'à présent, la possibilité de créer des moyens efficaces de contrôle interne n'a pas été suffisamment étudiée.

Quelle que soit l'ampleur des améliorations internes apportées au fonctionnement administratif, le contrôle externe jouera toujours un rôle de premier plan. Les tribunaux occuperont toujours une place importante parce que leur pouvoir de surveillance fait partie de leurs compétences normales. De plus, les litiges d'ordre constitutionnel affectant un processus décisionnel devront être tranchés par les tribunaux. Cependant, une fois les limites du contrôle judiciaire reconnues, celui-ci demeure une alternative parmi diverses options. Il existe d'autres mécanismes de contrôle externe de l'action administrative.

L'ombudsman pourrait constituer une autre forme de contrôle externe à caractère non contentieux. Même si des ombudsmen spécialisés s'occupent déjà de certains problèmes, il n'existe toujours pas d'Ombudsman fédéral dont le mandat serait général. Cette institution de caractère non conflictuel est un bon exemple de divers modes de redressement qui peuvent être mis à la disposition des particuliers et qui, sans être contentieux, agissent avec un haut degré d'indépendance.

Soulignons également les appels externes formés devant des tribunaux ou des cours, lesquels peuvent suppléer certaines limites propres au contrôle judiciaire. Bien qu'il soit souvent entendu par des tribunaux, l'appel est un mécanisme à ne pas confondre avec le contrôle judiciaire. Statuant en appel, l'autorité concernée peut substituer son opinion à celle du premier décideur tout en examinant plus attentivement le fond de la décision. Le degré de formalisme de l'appel peut dépendre de la nature des intérêts en jeu.

D'autres modes de contrôle non contentieux, telle la vérification interne ou externe, peuvent également jouer un rôle important dans une approche plus ouverte du droit administratif.

Le contrôle de l'action administrative est une fonction que peuvent se partager de nombreux genres de décideurs et d'institutions. Il peut être correctement assuré par la loi et les organismes chargés de son élaboration et de son application. Toutefois, la

complexité de cette fonction exige un certain pluralisme et une certaine interdépendance dans les modalités, les procédures et les organismes choisis pour exécuter cette fonction. Le contrôle juridique peut n'admettre que des litiges relatifs aux compétences ou à des questions de droit. Un appel peut permettre un contrôle poussé sur les faits et le contenu d'une décision. Le contrôle non contentieux ne porte pas sur la légalité d'une décision mais sur sa régularité, sa rapidité, ou encore, ses implications financières.

Un litige juridique peut opposer plusieurs parties ou, plus simplement, un individu et un décideur. Ce litige relève de la procédure contentieuse. Celle-ci suppose des adversaires dont les prétentions respectives sont débattues dans une instance dont la procédure est calquée sur la procédure judiciaire. Ce modèle n'est pas adapté à toutes les formes de contrôle juridique.

De manière générale, la procédure contentieuse propre au contrôle judiciaire présente de nombreuses lacunes. Par exemple, la multiplicité des recours et l'absence de distinction entre droit public et droit privé entraînent de la confusion, de la frustration et de l'injustice. De nouvelles solutions doivent être explorées pour tenter d'unifier les recours contentieux et de préciser leur champ d'application en droit administratif. L'inégalité économique entre les parties et les privilèges procéduraux exorbitants dont jouit l'Administration, laissent entrevoir que la procédure des recours contentieux est, à l'évidence, inadaptée à la nature particulière d'un litige de droit public entre l'Administration et les administrés.

## II. Les sujets d'étude proposés : plan quinquennal

Dans les remarques qui précèdent, nous avons tenté d'identifier les problèmes à examiner en vue de réaliser l'indispensable modernisation du droit administratif fédéral. Toute tentative de réforme devra tenir compte des fonctions attendues de l'Administration et exécutées par celle-ci de manière autonome. Elle devra également rompre avec la confusion actuelle, les postulats simplistes et les conceptions rigides du passé.

Autrefois, le droit administratif visait à garantir les droits et les libertés individuels et à protéger les citoyens contre les tendances anti-libérales de l'État. Bien qu'elle constitue toujours un élément important du droit administratif, cette approche traditionnelle ne convient plus en raison du développement de l'action administrative. Si nous réussissons par des réformes à harmoniser davantage le droit administratif avec les réalités de l'État administratif, nous réussirons à faire que le droit régisse toute l'action administrative et puisse rationaliser cette action.

Ce document se termine par des recommandations quant aux études à entreprendre pour réaliser certaines réformes indispensables en droit administratif canadien. Cette liste n'est pas exhaustive. Elle indique plutôt les priorités définies par la Section de

recherche en droit administratif pour les cinq prochaines années, compte tenu des limites matérielles de temps, de personnel et de budget auxquelles nous sommes soumis. Notre contribution reste nécessairement limitée par ces contraintes. Nous espérons cependant que nos efforts stimuleront de nouvelles approches et contribueront à changer certaines attitudes. Sur le plan pratique, nous souhaitons que nos travaux sensibilisent le Parlement sur l'urgence de réformes fondamentales.

La répartition de tous les sujets entre le court, le moyen et le long terme, peut paraître arbitraire. Cette organisation s'explique en grande partie par la nature des travaux déjà en cours, ainsi que par l'impossibilité matérielle de faire démarrer immédiatement des recherches qui n'en restent pas moins urgentes. Pour chaque étape, nous avons respecté un certain pluralisme afin de ne pas privilégier indûment tel ou tel domaine.

De fait, cette idée de pluralisme se reflète dans l'équilibre entre le pratique et le théorique, entre le court terme et le long terme, entre une approche strictement juridique et des approches multidisciplinaires, entre l'exploratoire et les recommandations définitives et, finalement, entre les types d'approche des deux traditions juridiques du pays. Comme le travail à accomplir est immense et la matière extrêmement vaste, ce plan constitue simplement une tentative de rationalisation des travaux. Ce plan n'est pas exhaustif, puisqu'à chaque étape, d'autres sujets prioritaires pourront s'ajouter aux sujets déjà énumérés.

## A. La recherche à court terme

| | |
|---|---|
| (1) Pour un nouveau droit administratif fédéral | Document de philosophie générale en vue de la réforme du droit administratif (avec études complémentaires). |
| (2) L'immunité d'application des lois | Application des lois à la Couronne. |
| (3) Procédure et prise de décision | Une introduction à la prise de décision en tant que processus structuré : préalable à une réforme législative. |
| (4) Les régimes fédéraux d'inspection | Pouvoirs, statut juridique, organisation et contrôle de la «police administrative». |
| (5) Les incitations financières | Le cadre juridique de l'administration des incitations fiscales, subventions, dégrèvements, etc. |
| (6) Les infractions réglementaires | Étude de la terminologie, du cadre institutionnel, de la preuve et de la procédure en vue d'élaborer une approche du droit distincte du droit pénal. |

| | |
|---|---|
| (7) La responsabilité délictuelle de l'Administration | Étude d'un nouveau régime d'indemnisation pour le dommages causés par l'Administration fédérale. |
| (8) Le Tribunal administratif d'appel australien | Étude de la récente unification des appels en Austra et comparaison avec la situation canadienne. |
| (9) L'Ombudsman | Étude des problèmes et des propositions relatifs à la création d'un Ombudsman fédéral. |
| (10) Les appels administratifs | Étude des appels à titre d'alternative pour restructure le régime des appels en droit fédéral. |
| (11) Les paiements *ex gratia* | Étude du régime administratif d'indemnisation des dommages causés par l'Administration fédérale (directement lié au n° 7). |
| (12) Les délais et prescriptions | Propositions de réforme des privilèges procéduraux dont jouit la Couronne. |
| (13) Les appels en matière d'immigration | Étude des problèmes auxquels est confrontée actuellement la Commission d'appel de l'immigration, avec des propositions concrètes de réforme procédurale. |
| (14) Le statut juridique des entreprises publiques | Proposition d'un nouveau statut juridique pour les activités commerciales de l'État. |
| (15) Les privilèges fiscaux de l'Administration | Étude de la pertinence des privilèges spéciaux relatifs aux activités commerciales de l'État. |
| (16) Les privilèges et immunités procéduraux | Proposition d'un nouveau régime cohérent pour régir les litiges contentieux entre l'État fédéral et les individus. |
| (17) La nature des actes administratifs | Recherches sur la nature des décisions administratives afin de préciser les différences entre l'«administratif» et le «judiciaire». |
| (18) L'unification des recours devant la Cour fédérale | Étude en vue de supprimer le dédoublement de certains recours judiciaires. |

## B. La recherche à moyen terme

| | |
|---|---|
| (19) Loi de procédure administrative | Élaboration d'un cadre législatif pour la procédure administrative (étude fondée sur les travaux de recherche mentionnés aux nos 3 et 17). |
| (20) La médiation en matière d'environnement | Règlement administratif des conflits à titre d'exemple de procédure non contentieuse. |
| (21) La police administrative | Modernisation des théories classiques sur la fonction coercitive de l'Administration. |
| (22) Le règlement non contentieux des litiges Administration/ administrés | Étude de divers modes de règlement amiable des litiges entre l'État et les individus. |
| (23) La transformation des institutions | Étude des répercussions juridiques des transformations institutionnelles (par exemple le passage de tribunal administratif à cour de justice ou celui de ministère à entreprise publique). |
| (24) Le règlement des différends administratifs | Étude des alternatives aux modèles judiciaires de règlement des litiges. |
| (25) La concession de services publics | Examen des conséquences juridiques et des limites de la délégation de fonctions publiques à des agents du secteur privé. |

## C. La recherche à long terme

| | |
|---|---|
| (26) Réforme de la procédure suivie devant la Cour fédérale | |
| (27) Les pouvoirs administratifs internes | Étude du pouvoir hiérarchique et d'autres pouvoirs internes au sein des structures administratives, en guise d'introduction à des travaux complémentaires sur les mesures d'ordre intérieur et les recours internes. |
| (28) Les mesures d'ordre intérieur | Étude du statut juridique et des effets des actes de gestion interne, tels les manuels et les directives. |

| | |
|---|---|
| (29) Les recours internes | Étude du régime et de l'organisation des recours administratifs internes. |
| (30) Le secret administratif et l'accès à l'information | Accès à l'information et transparence administrative. |
| (31) La preuve administrative | Étude des procédés en matière de preuve et recherche de principes unificateurs en matière de décisions administratives. |
| (32) Les contrats d'approvisionnement | Examen de l'utilisation des contrats d'approvisionnement à titre d'instruments de mise en œuvre des objectifs publics et propositions en vue d'une rationalisation des procédures en la matière (lien direct avec des recherches antérieures, notamment l'étude n° 5). |